ORGANIZADOR
ALVARO LUIS DE A. S. CIARLINI

FUNDAMENTOS DA TEORIA GERAL DO DIREITO

VOLUME 1
1ª EDIÇÃO

ANTONIO JOSÉ TEIXEIRA LEITE
VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM
JEFERSON SOARES MARINHO DE SOUSA JUNIOR
ALTAIR ROBERTO DE LIMA
HUGO MOREIRA LIMA SAUAIA

Alvaro Luis de A. S. Ciarlini (Organizador)

Fundamentos da Teoria Geral do Direito

Volume 1

1ª edição

Autores

Antonio José Teixeira Leite

Victor Aguiar Jardim de Amorim

Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior

Altair Roberto de Lima

Hugo Moreira Lima Sauaia

Gabriela Soares Balestero

Instituto Brasiliense de Direito Público
Brasília
2015

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Os autores reunidos neste volume atenderam a um desafio proposto no primeiro semestre de 2015, durante a disciplina de Teoria Geral do Direito, do Programa de Mestrado em Direito Constitucional, da Escola de Direito de Brasília, mantida pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, no qual contou com a parceria do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires.

Os capítulos deste livro refletem as discussões em curso em ambos os programas de pós-graduação, acerca dos fundamentos do Direito e a reflexão acerca dos conceitos fundamentais para a efetivação de direitos. Especial enforque se deu em relação à própria legitimação da norma jurídica e sua interpretação por todos aqueles responsáveis pela operação do Direito.

Os textos que compõem a coletânea materializam, portanto, discussões acerca das questões teóricas e metodológicas, empíricas e de aplicação do Direito brasileiro, voltados para a legitimidade da norma. Todos os trabalhos têm conteúdo relevante, de caráter inovador, já que descrevem as repercussões mais atuais do Direito. Daí o grande potencial de impacto na área do Direito, visto traduzir uma reflexão de grandes pensadores desenvolvida em um espaço de destaque no cenário nacional, capaz, portanto, de influir na forma como deve ser compreendido e aplicado o Direito Constitucional.

A obra aqui apresentada é fruto, portanto, de um trabalho coletivo que ilustra o compromisso do IDP com a pesquisa jurídica, a preocupação da instituição e de todos os seus membros em fortalecer o debate aberto, participativo e inclusivo acerca das mais relevantes questões que afetam o pensamento jurídico contemporâneo. Uma excelente leitura!

Ana Carolina F. Longo[1]

---

[1] Mestre em Direito Constitucional pela EDB/IDP

CAPÍTULO 1

A NORMA FUNDAMENTAL NA CONCEPÇÃO DE HANS KELSEN

Antonio José Teixeira Leite

Resumo :Hans Kelsen defendeu um direito positivado, ou seja, posto pelo homem, e uma ciência jurídica purificada, ou seja, imune à influência das demais ciências. Desenvolveu uma lógica sistêmica em que todas as normas pertenciam a um ordenamento jurídico e estavam dispostas em níveis. Para dar validade a toda a ordem normativa introduziu o conceito de norma fundamental.

Palavras chave :Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito. Norma Fundamental.

Abstract :HansKelsenadvocated apositiveright, that is since by man,anda purifiedlegal science, so immune to the influenceofother sciences. Developed asystemic logic, whereall the ruleswere members of alegal systemandwerearranged inlevels. To givevalidityto anynormative orderintroduced the concept ofbasic rule.

Keywords :Hans Kelsen. Pure Theory of Law.Basic norm.

INTRODUÇÃO

Hans Kelsen nasceu em Praga, no ano de 1881. A hoje capital da república Tcheca, à época, era uma região pertencente ao Império Austro-Húngaro. No entanto, logo depois, no ano de 1884, mudou-se, com sua família, para a capital austríaca. Tornou-se, mais tarde, estudante da Universidade de Viena, a mais antiga dos estados de língua alemã, onde graduou-se em Direito, obteve o doutorado (1906) e tornou-se professor catedrático (1911). Até novembro de 1918, com o fim da primeira guerra mundial, viveu em uma cidade cosmopolita, que ocupava uma posição central em um reino governado por uma das mais antigas monarquias européias, a dos Habsburgos, e onde co-habitavam vários grupos culturais, linguísticos e étnicos. Assistiu à proclamação da república, em 11 de novembro de 1918, à tentativa de unificação do novo Estado com a Alemanha,

aprovada por plebiscito da população, mas proibida por França e Inglaterra, e ao caos implantado no país com o Tratado de Saint Germain (1919), imposto pelos vencedores, que reduziu a Áustria a um pequeno estado europeu, despojado de seus antigos territórios.

Foi um estudioso da ciência do Direito, mas sempre sob a ótica positivista. Escreveu vários livros e artigos, mas sua obra principal foi a Teoria Pura do Direito ("Reine Rechtslehre"), na qual defende uma ciência jurídica purificada sem a interferência de outras ciências e, sobretudo, sem ligações com o direito natural. Tentou isolar o conhecimento jurídico dos saberes sociais. Não se tratava de uma linha de pensamento inovadora, pois, na verdade, Kelsen seguia uma corrente do direito germânico que adotava uma visão mais formal do que político-filosófica. Foi precedido por pensadores como Gerber, que, em 1865, na sua obra *Grunduzuegeines systems desdeutschenStaatsrecht,* expunha o direito público sob a ótica estritamente jurídica, e por Max Seydel, que analisou a estrutura fundamental do Império Alemão, na obra *Der KommentarzurVerfassungsurkundefür das deutsche Reich* (1873).

Sua concepção de um sistema jurídico único e fechado contrastava muito com as demais estruturas europeias da época, e, principalmente, com o ambiente em que convivia. O Império Austro-Húngaro era uma monarquia dual formado, em 1867, pela união do Império da Áustria e do Reino da Hungria, ambos praticamente soberanos, pois cada um celebrava seus tratados econômicos internacionais de forma independente, possuíam governos e administrações separados entre si, eram dotados de parlamentos próprios e regidos por suas próprias legislações. Havia também o desenvolvimento de leis locais em regiões autônomas, como o reino da Croácia Slavonia. A influência da Igreja Católica tanto na moral, quanto no direito austríaco, era muito antiga. Enquanto estados vizinhos aderiram ao protestantismo, no século XVI, a grande maioria da população manteve-se no catolicismo e fiel ao Papa.

A forte atuação dos jesuítas durante a contra reforma também manteve os húngaros majoritariamente católicos, mas implicou o domínio da Igreja em

várias áreas, em especial, sobre o sistema educacional. A universidade católica de Pázmány Péterde construção jesuítica é a primeira e a mais antiga do país. Outro complicador residia no campo político, pois a tradicional monarquia dos Habsburgos reinava desde o ano de 1278, evidenciando a estreita relação existente entre uma dinastia conservadora, de um lado, e o Estado e a sociedade, de outro. Em uma conjuntura sociopolítica como esta, resta evidenciado que o Império Austro-Húngaro estava longe, muito longe, de ter um direito positivo unificado e purificado, como defendia Kelsen.

Tornou-se frequente a atribuição ao pensamento kelseniano de duas grandes contribuições para a ciência jurídica, desenvolvida são longo de seus trabalhos. A primeira, na Constituição da Áustria de 1920 (a *"Oktoberverfassung"*), por introduzir o modelo de controle concentrado da constitucionalidade das leis, a ser exercido por um Tribunal Constitucional, incumbido da função exclusiva de guarda da integridade da Constituição. Passou a ser corrente a cisão entre o modelo concentrado, estruturado na Europa e o modelo difuso, desenvolvido nos Estados Unidos, a partir do caso Caso Marbury contra Madison.

A segunda, na estruturação de uma pirâmide normativa contendo uma hierarquia entre as várias espécies de normas, de largo emprego no Direito Constitucional. Apesar de ter seu nome associado a estes institutos, há uma certa mitificação em torno das afirmações, pois inexiste em sua obra o uso do termo pirâmide e também o propalado controle concentrado de constitucionalidade não é um modelo, mas um instrumento, um acessório, um meio para se alcançar, como fim, a manutenção da unidade de seu sistema normativo, o que evidencia ser um dos pensadores jurídicos mais citados, mas, por outro lado, um dos menos realmente lidos. As questões da divisão dos poderes do estado e a dos direitos fundamentais, tradicionalmente centrais nas constituições, são analisadas na obra kelseniana, no entanto reduzidas à lógica sistêmica.

Na verdade, a linha de pensamento de Kelsen está centrado na necessidade em termos uma ordem jurídica única, formada por normas válidas criadas pelo homem e uma norma fundamental. Em consequência deste modelo, as

normas foram escalonadas em níveis diferenciados, a validade de uma norma inferior depende da norma superior e houve necessidade de instituir mecanismos para a verificação da existência de conflitos entre estas.

Suas ideias despertaram mais discordância do que concordância. Apesar de defender uma postura de neutralidade, no campo político, foi criticado pelos liberais, por gerar um sistema capaz de legitimar qualquer ordem jurídica, inclusive a de caráter autoritário, e, de outro, pelos adeptos de regimes fascista, por estruturar um modelo liberal. No campo religioso, para uns inclinou-se para a escolástica católica, para outros, voltou-se para o Estado protestante, e ainda, havia os que consideravam seu modelo ateísta. Acabou sendo vítima do nazismo, sendo demitido da Universidade de Bohn, na Alemanha, onde trabalhava, por sua descendência judaica. Emigrou para os Estados Unidos, onde se tornou professor da Universidade de Berkeley, no estado da Califórnia. Neste trabalho, vamos estudar os conceitos centrais do pensamento de Kelsen, desenvolvidos na sua obra a Teoria Pura do Direito.

2. A ORDEM NORMATIVA E A NORMA FUNDAMENTAL

Desde que o homem passou a viver em sociedade, passou a conviver com regras. As normas foram sendo criadas com o caráter impositivo, com as mais diversas finalidades, que vão desde garantir o convívio em harmonia, atender aos interesses dos governantes e dos grupos mais forte, passando por fins tributários e arrecadatórios, chegando a preceitos religiosos e morais. Mesmo os agrupamentos humanos mais remotos, formados por povos sem escrita (ágrafos), eram dotadas de regramentos de convivência e de família. Com o desenvolvimento das letras, surge o Direito escrito, como evidencia o Código de Hamurabi, datado de cerca de 1.700 antes de Cristo, que apresentava 282 leis em 3.600 linhas, incluindo o princípio da Lei de Talião.

Durante a Antiguidade, predominou o direito romano com expressiva regulamentação sobre a área contratual e outros ramos do direito privado,

compilados depois no Código Justiniano. Na Idade Média, assistimos ao domínio do direito canônico, ainda existente nos dias atuais, mas, hoje,circunscrito à Igreja e aos fieis. Mesmo assim é o mais antigo sistema jurídico em vigor. Com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, fruto da Revolução Francesa, e as subsequentes Constituições europeias e americanas, introduzir-se-ia o Princípio da Legalidade, fixando a obrigatoriedade de lei para a delimitação das liberdades, a serem elaboradas por representantes do povo. Passávamos ao domínio das leis, em substituição a normas costumeiras, a moral religiosa ou outras fontes do Direito.Olhando para trás, resta evidenciado que sempre fomos, ao longo da história, regidos por um acervo normativo proveniente da religião, da política, de revoluções populares, enfim, das mais variadas fontes.

No entanto, Kelsen pretende mudar esta lógica. Como primeiro passo, concebe que não existem normas soltas, livres ou avulsas, pois todas integram uma unidade, denominada ordem normativa ou sistema de normas. Ao usar o termo ordem, expressa a ideia de que há uma sequencia lógica, ou seja, existe uma distribuição ao longo de uma primeira, segunda, terceira e demais posições. Ao usar o termo sistema, concebe que as normas estão interligadas entre si, com a finalidade de regular a conduta humana.

Mas se existe uma unidade, então necessário se faz que identifiquemos o critério para definirmos se determinada norma pertence ou não à determinada ordem normativa. Esta pergunta será respondida com outro questionamento : qual o fundamento de validade de uma norma. Norma é um comando, um imperativo, uma ordem posta por uma autoridade competente (o legislador, a administração pública ou um jurista). A norma válida é a que impõe um comportamento a ser obrigatoriamente seguido pelo indivíduo, ou seja, não é uma mera proposição, não é um enunciado de cumprimento facultativo. Esta concepção é sintetizada como o dever-ser. O indivíduo pode, no entanto, questionar o porquê de ter de cumprir esta regra, ou seja, qual o fundamento de validade da norma.

Kelsen está ciente que há vários problemas envolvendo o Direito : a norma impõe um padrão de conduta que pode não coincidir com os interesses

pessoais. Regula a vida coletiva de forma isonômica, apesar dos indivíduos terem comportamentos diferentes entre si. Impõe a todos uma conduta comissiva ou omissiva, que pode estar totalmente dissociada da vontade comum. Essa necessidade de imposição traz implícita a necessidade de coação de forma a inibir o arbítrio naliberdade de escolha. Ninguém pode ser senhor de si mesmo, ninguém está mais no estado de natureza.

Para Kelsen, o fundamento de validade de uma norma não estaria ligado a princípios morais, aos valores da sociedade, aos preceitos religiosos, aos padrões socioculturais, a virtudes, ao bem comum, ou a qualquer outro fator externo ao Direito. Também não estaria ligado aos reais padrões comportamentais, às virtudes, à vontade individual, ou seja, ao ser.[2] Em sua concepção, a validade de uma norma somente poderia estar fundamentada em uma outra norma que se encontra dentro do mesmo ordenamento jurídico.[3] A norma fundamentadora poderia ter sido designada de norma validadora, norma principal, norma de referência, ou receber outras designações. No entanto, Kelsen, observando o seu conceito de ordem, fixa que a norma fundamentadora está em uma posição diferente, em um plano acima da norma validada. Em consequência, esta recebeu figurativamente a designação de norma superior, enquanto que a fundamentada passou a ser designada como norma inferior.[4]

Estamos diante de um dos pensamentos centrais da obra kelsiana: o fundamento de validade de uma norma estaria em uma norma superior. Em consequência desta estrutura, a norma é válida não por ser aceita majoritariamente

---

[2]Kelsen afasta a possibilidade de uma norma (um dever-ser) ser fundamentada no ser (comportamento realmente existente) afirmando que "já anteriormente num outro contexto, explicamos que a questão de porque é que a norma vale - quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato.Do fato de algo ser nãopode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever-ser se não pode seguir que algo é."(2003, pg. 135)

[3]O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma.(Kelsen, 2003, pg. 135)

[4]Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. (Kelsen, 2003, pg.135)

pela sociedade, por atender ao bem comum, por estar alinhada com a moral religiosa, mas sim porque está de acordo com uma norma superior. A norma é inválida não por ser rejeitada pela sociedade, mas sim porque está em desacordo com uma norma superior.A relação não é mais norma-indivíduo, norma-política, mas sim norma-norma.

Para conferir lógica a sua concepção, Kelsen analisa a ideia corrente de que determinadas normas são validas porque foram criadas por um ser humano dotado de autoridade religiosa, ou mesmo por um ser sobre humano. O senso comum indica que o fundamento de validade dos Dez Mandamentos estaria em ter sido criado por Deus, e o do preceito de amar nossos inimigos estaria em ter sido ditado por Jesus, no seu Sermão da Montanha. No entanto, em ambos os casos, o fundamento de validade desses comandos residiria não em quem as criou, mas sim na norma que fixa o dever de seguirmos os mandamentos de Deus ou de Jesus. Assim, teríamos aqui também a lógica de norma inferior sendo validada por outra norma em posição superior.

O processo de validação é conseguido aplicando-se um pensamento silogístico, ou seja, a partir de uma premissa maior, e de uma premissa menor, chega-se a uma conclusão lógica. Assim, o dever de obedecer aos mandamentos de Deus e aos de seu filho, seria a premissa maior. Se Deus estabeleceu os Dez Mandamentos ou Jesus o amor aos inimigos (premissa menor), então, concluímos que temos de obedecer aos Dez Mandamentos ou ao preceito de amar aos inimigos.

Há de se destacar que a aplicação de uma argumentação silogística se encaixa perfeitamente na concepção kelseniana, pois temos uma determinada norma (dever-ser) e, a partir desta, chegamos logicamente a uma outra norma, ou seja, na premissa maior, teríamos a norma fundamentadora e na conclusão, a norma fundamentada.[5]

---

[5]"Premissa maior e premissa menor, ambas são pressupostos da conclusão. Porém apenas a premissa maior, que é uma proposição de dever-ser, é conditio per quam relativamente à conclusão, que também é uma proposição de dever-ser. Quer dizer, a norma afirmada na premissa maior é o

No entanto, logo emerge um problema, pois, se o fundamento de validade de uma norma estaria em uma norma superior, que, por sua vez, teria por validade, outra norma de hierarquia superior, cairíamos em um processo interminável de fundamentação.

A solução para evitarmos esta situação reside em fixarmos que existe a norma mais elevada, a norma fim, acima da qual inexistiria qualquer outra norma. Esta norma mais elevada é denominada de norma fundamental (Grundnorm). Por ser a norma mais elevada, não mais posta por qualquer autoridade, esta terá de ser uma norma pressuposta.[6]

Como todas as normas válidas são fundamentadas em uma norma superior, e, assim por diante, até chegarmos a uma norma fundamental, teremos, consequentemente, que todas as normas do ordenamento jurídico serão fundadas em uma mesma norma, a norma fundamental. Com esta estrutura, kelsen consegue responder a sua indagação inicial: uma determinada norma pertence a uma determinada ordem normativa, porque tem como fundamento de validade a norma fundamental. Com esta estrutura, a Teoria Pura do Direito consegue definir o critério que confere unidade a uma ordem normativa. Esta conclusão é destacada por Kelsen nesta obra, nos seguintes termos:

> Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o

---

fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. A proposição de ser que funciona como premissa menor é apenas conditio sinequa non relativamente á conclusão. Quer dizer : o fato da ordem do ser verificado (afirmado)na premissa menor não é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão."(Kelsen, 2003, pg. 136)

[6]Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). (Kelsen, 2003, pg. 135)

> fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.(2003, pg. 136)

3. O PRINCÍPIO ESTÁTICO E O PRINCÍPIO DINÂMICO

Definido que, no modelo kelseniano, uma norma é fundamentada em um outra superior, surge uma segunda questão : qual seria a natureza deste fundamento. Estaria na identidade de conteúdo ou em outro motivo. A Teoria Pura do Direito coloca que, segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas:

1) Estático

2) Dinâmico

No sistema estático, o conteúdo de uma norma pode ser deduzido do conteúdo de uma norma superior.[7] Assim, o fundamento de validade de uma norma reside na concordância de seu conteúdo com a da norma acima.

Kelsen exemplifica com as normas que não devemos mentir, não devemos fraudar, não devemos prestar falso testemunho, devemos respeitar os compromissos tomados, as quais podem ser deduzidas de uma norma superior geral que prescreve a veracidade. Também da norma geral de que devemos amar o próximo, chegamos às normas de não prejudicar física ou moralmente alguém, não matar, a do dever de ajuda, dentre outras. Nestes casos, há uma operação lógica em que partindo do caso geral, concluímos o caso particular.

No sistema estático, teremos que a norma fundamental fornece o fundamento de validade das outras normas baseado na identidade entre os conteúdos. Conseguimos deduzir o conteúdo por uma operação lógica, partindo-se

---

[7]"A conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força de seu conteúdo: porque a validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral."(Kelsen, 2003, pg. 136)

do caso geral e chegando-se ao caso particular. Segundo Kelsen, quando chegamos ao fundamento de validade de uma norma através da concordância entre seu conteúdo e o das normas superiores, estamos aplicando o princípio estático.

Como exemplo de sistema estático temos a ordem moral. Observamos um acervo de normas como a de assistir aos filhos, não enganar aos outros, ajudar aos necessitados, respeitar os mais idosos por apresentarem conteúdos derivados de um valor geral. A moral religiosa tem esta característica, a sua regra maior não é um comando, uma ordem, mas um ideal, uma revelação divina, valores supremos ou até mesmo uma virtude maior, que servem de referencial para a definição de padrões comportamentais e o cumprimento está alinhado com a fé.

Por exemplo, há diferença de ações e concepções entre cristãos e judeus, ou entre hindus e budistas, que, em muitos casos, são opostos, porque estão inseridos em ordens religiosas diferentes. A monogamia é um valor intocável para um cristão, enquanto que os muçulmanos permitem a poligamia. Mas, em todas as religiões, há uma valoração, há um juízo entre o correto e o incorreto, o certo e o errado, há uma comparação entre o conteúdo das regras e o de um comando maior e geral.

Há de se destacar que o critério segundo o qual partindo de uma regra geral, chegamos a regras específicas, pertence não ao positivismo, mas a doutrina jusnaturalista, que faz uma clara distinção: as normas mais gerais pertencem ao direito natural, enquanto que as normas específicas estão no direito positivo. Segundo Santo Agostinho, na sua obra “O Livre Arbítrio”, escrita no ano de 395, há dois planos: o primeiro contendo a lex eterna, que é a vontade de Deus e, portanto, imutável, mesmo com o transcurso do tempo; o segundo, contendo o direito temporal, com as normas específicas criadas pelo homem e que mudam acompanhando a evolução social.

No entanto, há um problema intrínseco ao sistema estático, pois se a norma fundamental serve de fundamento e de teor de validade para todas as demais normas, em consequência aquela teria de apresentar um conteúdo

imediatamente evidente. Kelsen pretende dizer que, se o conteúdo de todas as normas do sistema depende do conteúdo da norma fundamental, há de ser claro, há de ser explícito, há de ser inequívoco, há de ser de imediata percepção, em síntese, há de ser evidente o que este fixa. Se estivermos nos baseando no conteúdo de apenas uma norma, para deduzirmos o significado de todas as demais normas do sistema, não pode haver dúvidas, por menor que sejam, quanto ao sentido e a abrangência da regra referencial. .

Mas, partindo de uma norma imediatamente evidente, teríamos de empregar a razão, ou seja, um juízo de lógica, de entendimento, de pensamento, de reflexão e de conhecimento para chegarmos ao conteúdo das demais normas. Esta situação é insustentável, pois a razão é um ato de conhecer, não de querer, o que vai de encontro ao estabelecimento de normas, que é um ato de vontade.

Ao ordenar, o agente não expressaria o seu querer, mas sim se limitaria a analisar o conteúdo de uma norma fundamental, para só então formular um comando que estivesse com esta alinhado e em concordância.

Kelsen analisa um tradicional sistema estático: a ordem moral, ou seja, aquela formada por normas com conteúdo relacionados à moralidade. Aqui, a norma fundamental imediatamente evidente seria fruto da vontade de Deus ou de uma outra vontade supra-humana ou através do costume.[8] Mas, mesmo neste caso, na realidade, as normas do sistema não estão retirando o seu fundamento de validade da similaridade de conteúdo, mas sim de um comando, segundo o qual devemos obedecer aos desígnios de uma entidade religiosa ou do costume.

Por exemplo, as regras de não matarmos, de não cometermos adultério, são válidas porque devemos obedecer aos mandamentos de Deus, ou seja, por

---

[8]“Quando uma norma da qual se deriva o fundamento de validade e o conteúdo de validade de normas morais é afirmada como imediatamente evidente, é porque se crê que ela é posta pela vontade de Deus ou de uma outra vontade supra-humana, ou porque foi produzida através do costume e, por essa razão - como acontece com tudo o que é consuetudinário -, é considerada como de per si evidente (natural). Trata-se, portanto, de uma norma estabelecida por um ato de vontade.”(Kelsen, 2003, pg. 137)

causa de outra regra. Assim, há de se concluir que não estamos diante de um modelo estático.[9]

O outro sistema, chamado de dinâmico, prevê que a norma fundamental fixa como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento. Mais especificamente, lista as autoridades competentes para elaborar normas, os titulares da função legislativa.[10]

Como exemplo do sistema dinâmico, Kelsen traz um caso prático e recorrente de exercício do pátrio poder. Um pai ordena ao filho que vá a escola. O filho, por sua vez, questiona o porquê de ter de ir à escola. A resposta seria o de que o pai ordenou e devemos obedecer as ordens do pai. Mas, se o filho perguntar o porquê de ter de obedecer às ordens do pai, a resposta seria a de que Deus ordenou a obediência aos pais e nós devemos obedecer às ordens de Deus. Mas, se o filho questionar o motivo de ter de obedecer às ordens de Deus, a resposta é a de que não podemos discutir o fundamento de validade desta norma, podemos apenas a pressupô-la. Como o conteúdo da norma inferior (obedecer ao pai) não pode ser deduzida do conteúdo da norma superior (obedecer à Deus), então temos o sistema dinâmico.

O sistema dinâmico reflete a concepção de que o direito regula a sua própria criação. As normas são criadas não por uma evolução histórico-social, por mudanças na sociedade, por demandas políticas, mas sim segundo um processo

---

[9]"A sua validade só pode, em última análise, ser fundamentada através de uma norma pressuposta por força da qual nos devemos conduzir em harmonia com os comandos da autoridade que a estabelece ou em conformidade com as normas criadas através do costume. Esta norma apenas pode fornecer o fundamento de validade, não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas. Estas formam um sistema dinâmico de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio dinâmico." (Kelsen, 2003, pg. 148)

[10]"Uma norma pertence a um ordenamento que se apóia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental - e não porque tem um determinado conteúdo. A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam este sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos pelos quais a autoridade a quem a norma fundamental confere competência e as outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecem as normas positivas deste sistema."(Kelsen, 2003, pg. 138)

previsto por uma norma superior. O jurista torna-se um mero operador intra-sistêmico.

Kelsen admite a possibilidade de coexistirem os princípios estático e dinâmico. Neste caso, a norma fundamental especifica a autoridade competente para a elaboração legislativa, e esta ou delega a outras autoridades a competência legislativa, ou elabora normas que fixam condutas gerais a serem seguida. Esta construção não foi seguida pelas constituições atuais, pois não temos cartas que restringem seu conteúdo apenas a fixarem regras de processo legislativo. Pelo contrário, com o avanço da constitucionalização dos direitos sociais e de outras gerações, passaram a ser frequentes constituições sintéticas.

4.O FUNDAMENTO DE VALIDADE DE UMA ORDEM JURÍDICA

O sistema normativo desenvolvido por Kelsen apresenta como principais características :

1) Todas as normas integram uma mesma ordem normativa;

2) Todas as normas tem por fundamento de validade a norma fundamental;

3) A ordem normativa apresenta essencialmente um caráter dinâmico.

Em consequência desta estrutura, a ordem normativa é composta por um acervo de normas que pode regulamentar qualquer área do direito (civil, penal, administrativo, trabalhista, dentre outros) e conter qualquer conteúdo. Isto porque a validade de uma norma jurídica não está relacionada, direta ou indiretamente, ao que ela dispõe.

O próprio Kelsen destaca que, em seu sistema, todo e qualquer conteúdo pode ser de Direito. Como não há qualquer relevância com relação ao conteúdo, podemos regulamentar validamente qualquer conduta humana. Até mesmo se a

norma contrariar normas de sistemas morais ou religiosos conservará a sua validade.

A Teoria Pura do Direito exemplifica este quadro com a discussão sobre a execução de uma pena de morte por enforcamento pelo Estado, Neste caso, estaríamos diante de um homicídio ou de um ato jurídico. Analisando a condenação, verificamos que estamos diante de uma norma individual, que retira sua validade de uma lei penal. Se questionarmos a validade da lei penal, verificaremos que esta foi produzida pelo modo fixado pela Constituição. Se questionarmos a validade da Constituição, enquanto norma fundamental, esta já não pode mais ser questionada. A concepção trazida por este modelo reside no fato de que as normas são produzidas segundo regras fixadas em outras normas dita superiores, até chegarmos a uma norma que não mais foi elaborada de acordo com a regra fixada por outra. Por exemplo, os atos administrativos são elaborados de acordo com regras fixadas por leis, estas por sua vez são elaboradas segundo regras fixadas pela Constituição, esta por sua vez pode ter sido elaborada de acordo com regras fixadas por uma Constituição anterior, até chegarmos à Constituição mais antiga. Mas, em geral, quando elaboramos uma nova Carta Magna, esta não é confeccionada segundo regras trazidas pela antiga. Logo, a norma fundamental hoje, em geral, coincide com a Constituição.

Uma segunda evidência do sistema kelseniano reside no fato de que, como a norma fundamental, fixa os critérios para produção das outras normas, esta se converte no ponto de partida lógico do processo legislativo. Em consequência, a constituição passa a ter dois sentidos : o jurídico-positivo, quando se resume a um conjunto de disposições acerca do processo legislativo, e a lógico-jurídico, quando passa a ser o ponto inicial da produção do Direito positivo.

5.A HERMENEUTICA KELSENIANA

O modelo de interpretação jurídica desenvolvida por Kelsen teria que estar inserido na sua lógica sistêmica purificada, ou seja, não sujeita a influências

de fora da ciência do Direito. Esta concepção fica agravada pela defesa de um elevadíssimo grau de pureza, de modo a afastar a inserção, por mínima que fosse, de elementos estranhos ao sistema normativo, composto por normas, ou seja, por imperativos, por ordens, posta por legisladores, pela Administração Pública ou por juízes, que orbitam ao redor da norma fundamental.

Se a norma fundamental ocupa uma posição central dentro do modelo kelseniano, servindo de fundamento a toda a ordem normativa, necessário se faz que analisemos a sua natureza. Segundo Kelsen, a norma fundamental exerce em seu sistema normativo duas funções: a primeira reside em, ao ser pressuposta como a norma mais elevada do ordenamento, desempenhar o papel de fundamentar a validade de todas as demais normas do ordenamento. Inexiste qualquer importância no conteúdo desta norma, ou no da ordem jurídica que ela fundamenta, ou no senso de justiça ou injustiça do sistema ou se a mesma garante uma efetiva situação de paz na comunidade.[11]

A segunda função reside na função interpretativa. Ao analisarmos um sistema normativo, vamos visualizar um acervo de normas escalonadas em níveis inferiores e superiores. Se quisermos interpretar o sentido objetivo das normas, ou seja, o porquê desta regra, como esta se originou, quais os fatores que nela interferiram, ou considerações, podemos chegar a discussões políticas, morais, de interesse social, de segurança jurídica, dentre outras.

Mas no modelo kelseniano, a interpretação também deve estar alicerçada apenas na norma fundamental, não podendo estender-se a qualquer conceito ou valoração extrajurídica. Assim, se quisermos saber o sentido objetivo das normas válidas ou o sentido subjetivo dos atos constituintes temos de nos remeter à norma fundamental. Kelsen enuncia que a norma fundamental é a condição lógico-transcendental desta interpretação.

---

[11]"Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado nenhum valor transcendente ao Direito."(Kelsen, 2003, pg. 34)

Assim, a interpretação de uma norma não estaria na comparação entre o certo e o errado, o bem e o mal, o justo e o injusto, mas residiria no conteúdo da norma fundamental. Desse modo, à regra de norma validada por outra superior, acrescentar-se-á a regra de norma interpretada segundo a norma fundamental.

Certamente que os críticos levantam a ausência de outras ferramentas hermenêuticas, a falta de uma discussão que envolva a moral, os princípios, a realidade social, os valores compartilhados e outros elementos que, direta ou indiretamente, influenciam a produção normativa. Há de se questionar sobre a possibilidade de interpretarmos uma norma, sem nos remetermos a muitos valores transcendentes ao direito. Mas, no modelo kelseniano, a análise fica circunscrita a apenas focarmos na norma fundamental e dela extrairmos o sentido de todo um sistema normativo.

No entanto, a concepção de total isolamento da compreensão das regras a uma norma pressuposta, mostra-se de difícil, ou mesmo impossível, viabilidade. Podemos citar como exemplo a pretensa separação entre a igreja e o estado trazida pela Constituição de 1891. Supostamente, a ordem religiosa e a ordem jurídico estatal passariam a estar separadas em definitivo. Até o casamento deixou de ser religioso para se converter em civil. Mas, na prática, esta separação nunca se concretizou, seja no conteúdo das normas, seja no preâmbulo constitucional, seja em sempre assegurarmos a liberdade religiosa como direto fundamental. Ressaltamos que, com a Constituição de 1934, passamos a conferir efeitos civis ao casamento religioso, regra que perdura até os dias atuais, e que evidencia a interligação entre o direito pátrio e a religião.

Ciente das controvérsias que seriam levantadas, Kelsen tenta conferir uma lógica a seu modelo fazendo uma analogia com a teoria do conhecimento de Kant. Da mesma forma que o filósofo alemão questiona a possibilidade de desenvolvermos uma interpretação dos fatos ocorridos segundo as leis naturais formuladas pela ciência da natureza, sem considerarmos por completo a metafísica (a doutrina da essência das coisas); a Teoria Pura do Direito questiona a possibilidade de interpretarmos certos fatos frente ao ordenamento jurídico, sem envolvermos autoridades metajurídicas, como Deus e a natureza.

Para a Teoria Pura do Direito, a resposta epistemológica (teorético-gnoseológico) a esta indagação residiria em pressupormos como norma fundamental, que devemos nos conduzir conforme determina a Constituição.

Para entendermos uma norma, devemos, como ponto de partida, destacarmos que esta é fundamentada segundo um processo silogístico. Como premissa maior, devemos nos comportar segundo as ordens de determinada pessoa. Como premissa menor, esta pessoa ordenou que devemos nos conduzir de determinada maneira. Como conclusão, temos a afirmação da validade da norma de que devemos nos conduzir de determinada maneira. Por exemplo, devemos obedecer às ordens de Deus. Se Deus ordenou que obedeçamos a ordens do pai, logo devemos obedecer as ordens do pai.

Nessa lógica, temos que a norma enunciada na premissa maior é uma norma fundamental, se a sua validade objetiva não puder mais ser posta em questão, se não existir mais um processo silogístico para validá-la. Da mesma forma que, segundo a ético teológica, não há outra pessoa em um patamar acima que ordene que devessem obedecer às ordens de Deus. Se esta norma mais elevada não é um ato de vontade de uma pessoa, ela é apenas um ato de pensamento.

Da mesma forma o comando de que devemos obedecer aos criadores da Constituição, não é fruto da vontade uma autoridade acima. Não há como fundamentá-la em um processo silogístico. Estamos diante não de uma norma desejada, mas sim de uma norma pensada. Assim, a interpretação ultima de uma norma reside no comando maior de obediência à Constituição. Podemos, então, concluir que a norma fundamental é a pressuposição lógico-transcendental de toda a ordem normativa.

6.O CONFLITO ENTRE NORMASNO SISTEMA KELSENIANO

Uma das ideias centrais do modelo kelseniano reside no fato de que a norma fundamental constituiu a unidade de uma pluralidade de normas. No

entanto, podemos ter o caso de uma norma entrar em conflito com outra, por fixarem obrigações, deveres-ser, que se contradizem. O autor exemplifica, na Teoria Pura do Direito, com o caso de uma norma que determina que o adultério deve ser punido, com outra que prevê que o adultério não deve ser punido.

Como as normas são escalonadas, há, consequentemente, dois patamares de conflitos. O primeiro seria o horizontalizado, ou seja, entre normas de mesmo nível. Neste caso, a solução é fácil, bastando a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*.Se as normas conflitantes forem postas ao mesmo tempo, como as que pertencem a mesma lei, então haveria duas possibilidades para a solução do conflito: ou se atribui ao órgão competente para a aplicação da lei, um tribunal, por exemplo, a escolha da válida entre as duas normas; ou quando as duas normas só parcialmente se contradizem, entendemos que uma norma limita a validade da outra.

O segundo seria o conflito verticalizado, ou seja, entre uma norma inferior e outra superior. Nesta situação, há de se destacar que uma norma retira sua validade de outra que está acima. Logo, se elas conflitam, então a de baixo não será válida. Em consequência, se esta não é válida, então não existirá, e, neste caso, não há conflito, pois uma norma não pode contrariar outra que não existe. Não há choque com algo inexistente.

Kelsen não cita a regra da prevalência da norma específica sobre a norma geral. Também não descreve o caso de colisão entre regras e princípios, ou mesmo entre princípios. Da sua concepção de fundamento de validade sistêmica e da hierarquização das normas, Kelsen estrutura um controle de constitucionalidade. Todas as normas seriam válidas, porque se fossem inválidas seriam inexistentes. O que pode ocorrer é um conflito superveniente entre a norma inferior e a norma superior.

7. O CONCEITO DE LEGITIMIDADE NO SISTEMA KELSENIANO

O conceito de legitimidade apresenta muitas distinções entre os doutrinadores jurídicos. Alguns não conseguem chegar a uma definição clara deste instituto. Com a Revolução Francesa, as leis passaram a estar referenciadas no respeito às liberdades individuais. A sociedade passou a adotar o princípio da legalidade, que introduziu duas grandes mudanças: primeiro, impondo ao Estado uma barreira instransponível constituída pelas liberdades dos indivíduos; segundo, afirmando que apenas com autorização legal o ente público poderia agir. Aqui temos a democracia clássica que legitima as leis por observarem as liberdades individuais, ou seja, em função do seu conteúdo normativo.

Mas, com o desenvolvimento do Estado de Direito, as leis passaram a ser legitimadas por serem frutos da soberania popular. Seriam elaboradas de acordo com a vontade majoritária de um Legislativo eletivo, passando depois pela concordância de um Executivo, expressa por meio de sanção ou veto. Aqui temos a democracia moderna que legitima as leis em função do processo de elaboração normativa.

O legítimo passou a estar associado, com maior frequência, à idéia de soberania popular, de ser um produto da vontade popular direta ou ditada por seus representantes. Trata-se de um conceito de alta relevância pois atribui à lei uma roupagem democrática, de ter sido gerada em convergência com a livre escolha da maioria e de estar alinhada com o respeito à autonomia política do cidadão.

Para a legitimação de uma ordem jurídica, haverá necessariamente todo um caminho que passa pelo devido processo legislativo, eleições, representação política, pluralismo, discursos parlamentares, liberdade de expressão e de imprensa, igualdade, grupos sociais, famílias, dentre outros, formando uma verdadeira cadeia de elementos que interagem tanto na arena política, quanto na sociedade civil.

Mas Kelsen não deseja estabelecer uma ponte entre a sua ordem normativa e a soberania popular, porque isto implicaria o relacionamento entre o direito e a esfera política, permeada por influências ideológicas, econômicas e de

toda ordem. A concepção dinâmica do direito em que as normas superiores apenas regulam a criação das outras normas afasta a concepção clássica de produção legislativa vinculada à vontade da maioria ou à autonomia política dos cidadãos.

Seguindo a sua lógica sistêmica, Kelsen conceberá que a legitimidade terá que ser redefinida, passando a ser vista exclusivamente sob a óptica de seu sistema normativo. Uma norma pode ter a sua validade limitada no tempo ou mesmo no espaço, isto porque a extensão da norma válida depende das regras fixadas na ordem jurídica, em especial pela norma fundamental. O princípio da legitimidade seria aquele que retira a validade de uma norma, segundo um processo determinado, ou quando esta é substituída por outra norma. Como exemplo temos a situação em que, repentinamente, uma Constituição é derrubada e substituída por outra. Pode ser por meio de uma revolução e neste caso, não se estará seguindo regras para alteração legislativa. Como a norma fundamental deixa de ter vigência, todas as demais normas perdem o seu fundamento de validade e consequentemente deixam de ser válidas. Seria como se retirássemos o pilar que sustenta toda a estrutura normativa e esta viesse abaixo.

No entanto, Kelsen oferece uma solução para esta situação, afirmando que, por uma decisão política, todas as normas legitimadas pela antiga Carta são recepcionadas pela nova Constituição. Assim, elas continuam a existir, mas terão de mudar o seu fundamento de validade, pois, agora, serão referenciadas a uma nova norma fundamental. É o caso de disposições que fixam a participação do monarca na produção de leis, se ocorreu a abolição da monarquia. Neste caso, temos a aplicação do princípio da efetividade.

Esta nova concepção de legitimidade atrela este conceito apenas à norma fundamental, desconectando-o de processo democrático, vontade da maioria ou a opinião pública. Neste modelo, a lei positivada que irá regulamentar nossas vidas, que irá nos obrigar a ter determinado comportamento, pode ser legitimada mesmo que não observe a igualdade, as liberdades ou outros direitos fundamentais, mesmo que não esteja atrelado ao princípio da soberania popular. O

processo de legitimação deposita a relevância não sobre o que foi feito, mas sim sobre como foi feito.

8. O CONCEITO DE EFICÁCIA NO SISTEMA KELSENIANO

Como ocorreu com a legitimidade, Kelsen promove a adaptação de outros conceitos centrais do Direito ao seu modelo sistêmico. Para o autor, a norma válida para Kelsen é aquela que vincula, que deve ser observada, que deve ser cumprida. No entanto, a ordem, o comando emitido pode ou não ser executada espontaneamente pelo destinatário. O seu cumprimento representa a eficácia. Eficaz é a norma cumprida, ineficaz a não cumprida.

Kelsen vê o sistema normativo como um acervo de normas válidas, dotadas ou não dos atributos de eficácia. Os conceitos de validade e eficácia não são sinônimos, mas esta é colocada como condição daquela. Isto porque se uma norma cair em total desuso, ou seja, desprovido totalmente de eficácia, esta também perderia a sua validade. Por exemplo, suponhamos que exista uma lei do século passado regulamentando a criação de gado leiteiro em residências. Ora, mesmo que a mesma esteja, até hoje, em vigor, nenhum morador urbano vai criar um animal deste porte na sua casa, apenas para obter leite, que pode ser comprado de imediato e facilmente em qualquer supermercado. Portanto, estamos diante de normas que não possuem mais qualquer grau de cumprimento pela sociedade, e, neste caso extremo, o atributo da validade também seria atingido. Olhando para o sistema Kelseniano podemos, agora, visualizar uma distinção clara, pois se todas as normas do ordenamento devem ser válidas por concordarem com a norma fundamental, pode ocorrer de nem todas serem eficazes.

A eficácia é medida tendo por referencial o cumprimento pelo indivíduo. Mas Kelsen não diferencia se a execução do comando ocorreu espontaneamente ou por coação. A sua linha de pensamento, no entanto, fixa que a norma deve vir acompanhada de uma sanção, de uma coação. Assim, resta implícito que o

cumprimento está associado à punição. É previsível esta construção dentro do conceito de sistema normativo, pois inexiste foco no conteúdo, inexiste o juízo de certo ou errado, justo ou injusto. Logo, o indivíduo não executa um comando por relacionar a valores morais ou a virtudes.

Esta concepção de eficácia mostra-se discutível e até mesmo superficial. Se as pessoas apenas agissem por puro dever, temerosos de sofrerem alguma sanção, então, em países em que há reduzida fiscalização de órgãos estatais e dificuldades em responsabilizar os infratores, teríamos elevados índices de descumprimento. Parece que se deseja transplantar o temor divino naturalmente adotado pelos seguidores de uma religião, à relação entre cidadãos e as normas do sistema. Kant, de forma contrária, relaciona as ações em cumprimento de deveres à razão. Isto porque é o elemento racional que determina a vontade pessoal, que indica à pessoa o necessário, o bom. Como desatacado em sua obra Metafísica dos Costumes, "o imperativo categórico, que declara a ação como objetivamente necessária por si, independentemente de qualquer intenção, quer dizer, sem qualquer outra finalidade, vale como princípio apodítico (prático)."(2007, pg. 50)

Considerar que a regra de conduta de uma pessoa é a de agir conforma o dever, implica desconsiderar que temos vontades, intenções, aspirações, inclinações, impulsos e uma razão interior. O sistema normativo kelseniano não pode ir contra a natureza humana, sob pena de residir em grave falha capaz de inutilizá-lo.

9. O CONFLITO COM O DIREITO NATURAL

Não se mostra fácil precisarmos a definição precisa do direito natural. Em uma visão superficial e mais afeta à sociedade, pode ser entendido como o conjunto de regras intrínsecas, inatas à pessoa humana. Se for da natureza humana a capacidade de fala e de comunicação com outras pessoas, evidencia-se lógico termos liberdade de expressão. Se for da natureza humana sermos dotados da capacidade de locomoção, evidencia-se necessário que tenhamos liberdade de ir e

vir. Se é da natureza humana a capacidade de pensamento e de escolha, mostra-se imprescindível a atribuição da liberdade de consciência, de crença e religiosa.

Mas certamente se trata de um conceito mais complexo e abrangente. São normas essenciais e fundamentais para todos os seres dotados de razão. São normas imutáveis, portanto conservam o mesmo conteúdo ao longo dos tempos. São normas universais, portanto apresentam igual conteúdo nas mais diferentes sociedades. Como está associada ao homem, sua origem pode ser divina ou proveniente da racionalidade humana. Mas a principal característica é trazer consigo um juízo de valor entre o bem e o mal, o correto e o errado, o justo e o injusto, o racional e o irracional. Assim, são normas valores que se situam, na concepção de alguns pensadores, em um plano superior ao direito positivo.

O próprio Kelsen analisa que o seu modelo centrado em uma norma fundamental validadora de todo o sistema apresenta deficiências. Inexiste uma justificação ético-política, inexiste um julgamento quanto a ordem jurídica ser justa, e, portanto válida, ou injusta, e, portanto, inválida. A conclusão destacada por Kelsen é a de que “a norma fundamental determinada pela Teoria Pura do Direito não realiza uma tal justificação, não fornece um tal critério.”(2003, pg.152)

Como vantagem, a norma fundamental, nos moldes propostos, fundamenta a validade de qualquer ordem jurídica porque não envolve qualquer relação de conteúdo.[12] Assim, todas as normas independentemente de seu conteúdo serão validadas pela norma fundamental. Como desvantagem, o sistema normativo pode conter todo tipo de conteúdo, inclusive comandos autoritários, segregacionaistas, discriminatórios, dentre outros. Kelsen destaca que a norma fundamental não exerce qualquer função ético-política mas tão só uma função teorético-gnoseológica.

---

[12]“O Direito positivo somente pode ser justificado através de uma norma ou ordem normativa à qual o Direito positivo – segundo o seu conteúdo – tanto pode conformar-se, como não se conformar, assim, podendo, portanto, ser justo ou injusto. A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito, como condição de validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coercitiva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos.”(Kelsen, 2003, pg.152)

No entanto, haveria uma solução para a ausência de julgamento, de juízo entre o justo e o injusto. Este tipo de valoração existe no direito natural e, então, poderíamos compará-lo com o direito positivo, para comparativamente chegarmos à conclusão quanto à existência ou não de justiça. Bastaria que comparássemos uma norma natural com a norma positiva. Se houver concordância, esta será justa, se houver discordância, será injusta.

Esta solução, no entanto, evidencia um primeiro problema, pois, enquanto que o modelo kelseniano implica que toda ordem jurídica é válida, no direito natural não chegaremos à mesma conclusão. Se as normas de um sistema discordassem das normas naturais, estas seriam inválidas e a ordem normativa também.

Kelsen destaca que há um segundo problema. Tecendo uma crítica ácida, ressalta que o direito natural é extremamente contraditório, pois os naturalistas proclamam não um, mas vários ordenamentos, muito diversos e contraditórios entre si. Como exemplo, cita o direito de propriedade, que, para uma corrente, somente é justa a propriedade individual, e, para outra, somente a propriedade coletiva. O mesmo ocorre com a forma de estado, onde, para uma corrente, somente a democracia é justa, enquanto que, para outra, somente a autocracia.

Caso fossemos comparar o direito positivo com o natural, se correspondesse a uma teoria, seria justo, enquanto que para a outra teoria que contradiz, seria injusto. Nestas condições, conclui Kelsen, “a doutrina do Direito natural, tal como efetivamente tem sido desenvolvida - e não pode ser desenvolvida de outra maneira - está muito longe de fornecer o critério firme que dela se espera.”

Para agravar o quadro, se formos analisar a norma fundamental do direito natural, chegaríamos a um comando maior que devemos obedecer à natureza. Mas como na natureza não temos vontade, logo teríamos de considerar que nela estaria a vontade de Deus. Seria um direito submisso aos desígnios de uma entidade religiosa. Kelsen destaca que a afirmação de que Deus ordena aos

homens para se conduzirem de determinada maneira, se trata de uma suposição metafísica inaceitável pelas ciências, em especial, pelo Direito.

A lógica desenvolvida por Kelsen na Teoria Pura do Direito já afastaria, por si só, uma intromissão do Direito Natural em seu sistema jurídico. Mas, o autor assume uma postura no sentido de desacreditar todo este acervo normativo, apesar de sua origem milenar, apesar de ter se estruturado bem antes do direito positivo. Mesmo assim, muitos questionam se a norma fundamental, nos moldes concebidos, não é uma reprodução do modelo naturalista descrito por São Tomás de Aquino da existência de uma lex eterna. De fato, uma discussão entre o jusnaturalismo e o juspositivismo seria objeto de uma análise muito aprofundada, e, mesmo assim, seria difícil, talvez muito difícil,de chegarmos a uma conclusão em definitivo sobre o tema.

CONCLUSÃO

Kelsen foi criticado por desenvolver um modelo demasiadamente sintético e isolado dentro de uma ordem. O Direito resumia-se a um conjunto de normas, a norma era uma ordem, um dever-ser que integrava um sistema, a validade de todo o sistema estava amparada na norma fundamental. A ordem normativa é fechada, portanto, não possui pontes com outras ciências, com a política ou com o processo de evolução histórica. Foi construída uma espécie de muralha em torno do sistema normativo, de forma a evitar a invasão por outros elementos. Em consequência, o Direito ficou muito isolado, sem uma ponte com a moral, a política e a sociedade. Ao colocar todas as normas convergindo sempre para a norma fundamental, afastou-se do racionalismo, dos valores sociais e da ordem democrática.

O primeiro problema de sua teoria reside em simplificar o que é muito complexo. Um modelo que reduz as complexas relações humanas a um emissor que dá ordens e a um receptor que cumpre as ordens. Um modelo em que a vontade existente não é a vontade da maioria, da democracia, mas o querer de um agente

competente para que outro proceda de determinada maneira, ou seja, um dever ser.

O segundo problema reside na ausência de outras valorações das normas, além do conceito de validade. Não há o justo, o correto, o ideal, a virtuoso, o bem, dentre outros valores inerentes ao juízo humano. Afastou, assim, a lógica de análise e o racionalismo próprios do ser humano, para limitá-lo a um cumpridor de normas válidas.

O terceiro problema reside na ausência de um processo democrático de elaboração de normas. Na sociedade atual não é concebível a adoção de um modelo sem comunicação com a sociedade, sem a existência de instrumentos que permitam, direta ou indiretamente, a manifestação e a prevalência da vontade popular, sem a devida observância dos princípios republicanos.

Foi um positivista extremado. O Direito não foi visto como o instrumento para garantir as liberdades, para limitar o Estado, para estruturar politicamente a sociedade. Em sua concepção, o ordenamento jurídico era um sistema de normas com a finalidade de regular a conduta humana. Defendeu o estado de direito, mas não o estado democrático. Priorizou normas, não a realidade social. Ao final, levantou mais discordâncias, que concordâncias, recebendo ataques de todos os grupos: sociólogos, filósofos, teólogos, cientistas políticos, jusnaturalistas, dentre outros.

Se o modelo desenvolvido representou um avanço ou retrocesso, a extensa obra kelseniana deixa à análise e conclusão de cada um. No entanto, resta inquestionável que Hans Kelsen foi fiel ao que propunha: desenvolver uma ciência jurídica desvinculada de outras ciências, desenvolver uma teoria pura do direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Lisboa: Fundação CalousteGunbenkian, 1986.

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. São Paulo: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans.Teoria geral das normas. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CAPÍTULO 2

A LEGITIMIDADE DO DIREITO EM NIKLAS LUHMANN

Victor Aguiar Jardim de Amorim[13]

RESUMO: O texto apresenta, de forma descritiva e objetiva os fundamentos desenvolvidos por Niklas Luhmann a respeito da função da positividade e a própria legitimidade do Direito. De acordo com a teoria sistêmica luhmanniana, o Direito é um sistema autopoiético, residindo a sua diferenciação no código binário "lícito-ilícito" ou "direito-não direito". Ainda que autorreferente face aos seus próprios conceitos, o Direito absorve elementos de seu interesse no meio-ambiente, incorporando-os e traduzindo-os através de seu código "lícito-ilícito". Enquanto Direito Positivo, o sistema estabelece as condições de sua própria validade, se legitimando como Direito. Assim, a sua legitimidade advém da legalidade.

PALAVRAS CHAVE: Teoria dos Sistemas; positividade; legitimidade; autopoiese.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é apresentar, de forma descritiva e, em certa medida, objetiva os fundamentos desenvolvidos por Niklas Luhmann a respeito da função da positividade e a própria legitimidade do Direito.

O contentamento com a perspectiva descritiva justifica-se, primeiro pela impossibilidade de aprofundamento crítico de tão complexa teoria em um trabalho de fôlego curto como um artigo científico, e, depois, da relevância de se tratar de forma mais palatável a teoria sistêmica de Luhmann, assunto, muitas vezes, árido e pouco explorado nas escolas jurídicas.

Para tanto, a partir da introdução temática a respeito dos fundamentos básicos da Teoria dos Sistemas, será possível abordar as formulações específicas

---

[13] Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Orientador e Avaliador dos cursos de pós-graduação em Direito Legislativo e Administração Legislativa promovidos pelo Instituto Legislativo Brasileiro (ILB). Analista Legislativo do Senado Federal. Advogado.

feitas pelo pensador alemão quanto ao sistema jurídico: sua função, os tipos de expectativas (cognitiva e normativa) e programas (condicionais e finalísticos), a contrafaticidade e, principalmente, a compreensão do Direito como um sistema autopoiético.

O entendimento a respeito da *autopoiese*, bem como a *positividade* enquanto acoplamento estrutural entre Direito e Política, são noções elementares para depreender o caráter flexível do sistema jurídico, evidenciado pelo papel da decisão como instrumento de "fechamento" do sistema, que possibilita, inclusive, a incorporação de valores. Nesse ponto, sobreleva-se a importância do presente trabalho, porquanto a contribuição de Luhmann face ao relacionamento dos valores e decisão jurídica é tema pouco tratado na filosofia jurídica brasileira.

1. BREVE INTROITO À TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Na linha da especialidade do discurso comunicativo, Niklas Luhmann compreende o funcionamento da sociedade a partir de uma visão sistêmica, afirmando ser o sistema social composto por diversos subsistemas, como, *v. g.*, o político, econômico e jurídico. Cada sistema é compreendido como um conjunto de elementos inter-relacionados, cujas especificidades e características diferenciadas lhes conferem unicidade[14].

Luhmann compreende os sistemas como fechados operacionalmente, de modo que não haveria comunicação entre sistema e ambiente[15]. Este último seria capaz, apenas, de "irritar" o sistema, forçando-o a interpretar o elemento comunicativo externo a partir de sua própria linguagem.

---

[14] NEVES, Clarissa Eckert Baeta. Niklas Luhman e sua obra. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Universitária, 1997, p. 11.

[15] LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2011, p. 20.

Assim, apenas por meio de seu código próprio, é que será permitido ao sistema realizar operações em seu interior para identificar e resolver, internamente, o ruído produzido pelo ambiente, afinal “com base em sua diferenciação fechada em si mesma, o sistema pode considerar a si mesmo, sua própria função, sua própria prática como ponto de referência para a especificação de suas próprias operações”[16].

Com efeito, por serem operacionalmente fechados, os sistemas são autorreferentes, possuindo capacidade de relacionamento com outros sistemas, ao mesmo tempo em que diferenciam tais relações das relações mantidas internamente.

Entende o mestre alemão ser o Direito um sistema autopoiético, residindo a sua diferenciação no código binário “lícito-ilícito” ou “direito-não direito”. Ainda que autorreferente face aos seus próprios conceitos, o Direito absorve elementos de seu interesse no meio-ambiente, incorporando-os e traduzindo-os através de seu código próprio[17].

A unidade do sistema jurídico residiria no ordenamento, como linguagem especializada. Para Luhmann, por operar exclusivamente com o código próprio do Direito, o Poder Judiciário estaria situado no “centro” do sistema jurídico. A seu turno, o Poder Legislativo estaria situado na “periferia”, na fronteira com o sistema político, cujo sistema guia-se pelo binômio “governo/oposição” ou “poder/não-poder”[18].

> Ao contrário do modelo hierárquico unilateral “poder → direito” e “soberano → súdito”, que encerra imobilidade e inflexibilidade, o esquema circular “poder ↔ cidadania” importa ampliação de possibilidades através de controles e limitações mútuas, ou seja, aumento de complexidade mediante redução de complexidade.

---

[16] LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação..., p. 50.
[17] TRINDADE, André Fernando dos Reis. Para entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoiético. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 124.
[18] LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Revista Ajuris, Porto Alegre, nº 49, ano XVII, p. 149/168, julho de 1990, p. 162-163.

> A circularidade resulta em prestações recíprocas entre os dois sistemas: assim como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decida legislativamente sobre a entrada de novas estruturas normativas no sistema jurídico. Mas a circularidade típica do Estado de Direito significa sobretudo uma acentuada interpenetração entre os sistemas jurídico e político: o direito põe a sua própria complexidade à disposição da autoconstrução do sistema político e vice-versa. Porém, como a complexidade de um é desordem para o outro, isso implica uma necessidade recíproca de seleção ou de estruturação da complexidade penetrante. Daí resulta uma constante ordenação jurídica de desordem política e ordenação política de desordem jurídica.[19]

Um importante instrumento de resolução das constantes tensões verificadas na "periferia" dos sistemas jurídico e político, atuando como *elemento de acoplamento estrutural*, é a Constituição. Seria tal norma responsável por impor à política os limites no procedimento de tomada de decisões e, ao mesmo tempo, introduzir no sistema jurídico as decisões políticas[20].

Portanto, a Constituição conferiria liberdade ao Poder Judiciário, para, nos limites de seu código comunicativo "lícito-ilícito", garantir as expectativas normativas sem reduzir as possibilidades de escolha do Poder Legislativo. Ou seja, é a Constituição o elemento de acoplamento que fornecerá os subsídios necessários para identificar a especificidade jurídica na comunicação cujo objeto é o ordenamento originado de um processo de tomada de decisões característico do sistema político[21]. Caso contrário, na eventualidade de se operar o Direito a partir do código específico da Política, estar-se-ia diante da descaracterização do próprio

---

[19] NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 91-92.

[20] LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto a partir do original La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord). Il Futuro Della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996, p. 10. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva. Acesso em: 06 jun. 2014.

[21] LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva..., p. 08-10.

sistema jurídico e de seu caráter autopoiético, confundindo-o com o sistema político[22].

Ainda sobre as interferências intersistêmicas, aduz Niklas Luhmann que a proibição de denegação de justiça, como fundamento constitucional, obriga que o sistema se esforce para a acomodação e resolução de todas as questões passíveis de apreciação pelo Direito, sendo, portanto, o "direito judicial" como algo que submerge no contexto de tal necessidade[23].

Não se deve permitir, entretanto, que o Direito sofra a intersecção direta de elementos estranhos ao seu sistema, sendo imprescindível que os fundamentos valorativos e morais sejam traduzidos para o Direito de acordo com o código que lhe é próprio, de modo que a decisão judicial seja fundamentada em critérios jurídicos e não em elementos que, sob a perspectiva de diferenciação de sistemas, lhe sejam alheios[24].

2. A POSITIVIDADE DO DIREITO

2.1. CONCEITOS BÁSICOS: FUNÇÃO DO DIREITO, TIPOS DE EXPECTATIVAS E PROGRAMAS DECISÓRIOS

No Capítulo IV de sua obra "Sociologia do Direito", Luhmann trata do Direito Positivo. Em suma, aduz que a função do Direto consiste em estabilizar expectativas congruentes de comportamento. Toda e qualquer *expectativa* consiste numa antecipação do futuro que, enquanto tal, é suscetível de frustração[25].

Válido registrar, pois, o alerta de Marcelo Neves, segundo o qual "o conceito de função e a análise funcional não se referem a 'o sistema' (no sentido de

---

[22] LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva..., p. 04.
[23] LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Tradução: Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 86.
[24] LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad..., p. 253 e 379.
[25] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 13-14.

uma massa que é conservada ou de um efeito a ser causado), mas sim à relação entre sistema e ambiente”[26].

Para Luhmann, existem basicamente duas formas de lidar com a frustração: adaptar a expectativa à situação que a frustra (“expectativa cognitiva”) ou mantê-la com a frustração (“expectativa normativa”). O Direto trata de “expectativas normativas”, que se mantêm mesmo contra a situação que a decepciona.

> [...] o direito positivo pode ser caracterizado através da consciência da sua contingência: ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte da experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente; o direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável.
>
> [...]
>
> No sentido temporal, o direito tem que ser institucionalizado como sendo modificável, sem que isso limite sua função normativa. Isso é possível. A função de uma estrutura não pressupõe uma constância absoluta, mas apenas exige que a estrutura não seja problematizada nas situações por ela estruturadas.[27]

Deve ser ressaltado que o Direito não assegura a observância dos comportamentos prescritos, mas sim garante expectativas de conduta. Daí se falar na busca pelo sistema jurídico da *estabilização de expectativas contrafáticas*, isto é, a generalização da expectativa independentemente do cumprimento ou descumprimento da conduta esperada. Neste ponto, é essencial retomar a distinção feita por Luhmann entre “expectativas cognitivas” e “normativas”[28], pois é apenas a essas últimas que o Direito se refere.

> ... as normas são *expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos*. Seu sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da

---

[26] NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã..., p. 59.
[27] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 10.
[28] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo I. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 56.

> satisfação fática ou não da norma. O símbolo do “dever ser” expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do “dever ser”.[29]

A norma seria, assim, uma forma de estruturação temporal das expectativas, conferindo-lhes uma determinada expectativa como normativa e, por meio de mecanismos de absorção das frustrações, neutralizá-la contra as condutas que dele se desviam. A generalização das expectativas dá-se mediante três dimensões: a *social*, a *temporal* e a *material*[30].

Na *dimensão social*, as expectativas são generalizadas por meio da institucionalização de expectativas comportamentais, que demandam o concurso de terceiros que estariam dispostos a sustenta-las contra as condutas que as frustram. Por sua vez, as expectativas normativas seriam generalizadas, na *dimensão temporal*, a partir de sua normatização, o que permite sua manutenção no futuro, ainda que, quando do seu advento as condutas reais não coincidam com as esperadas. Por fim, na *dimensão material* ou *prática*, a generalização das expectativas consiste em fixar pontos de referência abstratos, com base nos quais as expectativas podem ser estabelecidas de forma concreta. A abstração se opera a partir de quatro princípios de identificação: a) *pessoas*; b) *papéis*; c) *programas*; d) *valores*.

Os *programas* são regras decisórias cujo nível de abstração permite, de um lado, contemplar número considerável de expectativas e, de outro, diferenciá-las daquelas que não lhe dizem respeito. Luhmann identifica duas espécies de programas decisórios: os *condicionais* (organizam-se segundo o esquema “se..., então...” e dependem de um acontecimento passado para serem ativados, atribuindo efeitos a ações ou a causas anteriores) e os *finalísticos* (são programas prospectivos, orientados ao futuro de modo que o efeito que atribuem é a própria construção da ação). Segundo o autor alemão, os programas jurídicos são sempre

---

[29] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo I..., p. 57.
[30] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo I..., p. 117-118.

condicionais, enquanto que os programas orientados à futuras consequências (*decisões programadoras*) são inerentes a outros sistemas sociais, em especial, a política[31].

Expostas as dimensões da generalização de expectativas, é possível identificar a estruturação do Direito Positivo *quanto à capacidade de generalização congruente* de expectativas normativas:

a) *dimensão social*: procedimentos (consenso fictício para generalizar as expectativas na dimensão social, imunizando-as contra condutas dissidentes);

b) *dimensão temporal*: sanção (a sanção é utilizada como mecanismo de absorção das frustrações);

c) *dimensão material* ou *prática*: programas condicionais de decisão (obtenção de decisões a partir do esquema "se/então").

A partir do conceito de "programa condicional", Luhmann afirma que o Direito é constituído através de programas decisórios jurídicos, porquanto opera mediante o condicionamento das normas jurídicas: se forem preenchidas determinadas condições, deve-se adotar uma determinada decisão. Com efeito, a decisão jurídica é uma *programação condicional*, sendo definida pelo próprio sistema do Direito como o elemento de sua constituição e reprodução. E é justamente tal elemento que confere diferenciação e especialização ao Direito. Conclui-se, assim, que o Direito se cria e opera por meio de processos decisórios jurídicos.

> Só quando, e na medida em que dispõe-se permanentemente de processos enquanto padrões comportamentais solidamente institucionalizados é que se torna possível sustentar o elevado risco de uma diferenciação, permitindo a sustentação do direto em si mesmo. Como já foi acentuado, isso não significa que o direito surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo; mas sim que só se torna direito aquilo que passa pelo

---

[31] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito..., p. 38 e 42.

> filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido[32]. [grifou-se]

Nas palavras de Guilherme Leite Gonçalves, *in verbis*:

> [...] se por um lado, o código, a partir do esquema binário lícito/ilícito (que exclui terceiros valores), permite a diferenciação funcional do sistema jurídico, de modo a fundamentar sua identidade, direcionando o circuito reprodutivo de suas operações, por outro, ele, por representar a maneira pela qual o sistema produz e reproduz sua unidade, será caracterizado por uma rigidez que impede a adaptação do sistema ao ambiente. É por essa razão que os programas, que estabelecem as regras de adjudicação dos valores que compõem o código, se fazem necessários. O código assegura a unidade operacional do sistema, pois é a partir de sua especificidade que o sistema se distingue de seu ambiente. Contudo, o código por si só não permite que o sistema se feche, mas sim apenas que ele crie os enlaces de suas operações. É assim que o código precisa ser complementado pelos programas (leis, regramentos e demais premissas de decisão do direito), os quais, ao estabelecerem as regras de adjudicação dos valores do código, fixam as condições concretas de correção na atribuição de tais valores, permitindo, por exemplo, que num dado litígio se indique quem ostenta expectativas conforme o direito e quem não as ostenta (...) Apenas os programas têm um status normativo e conferem uma qualidade normativa às expectativas concretas. Eles servem à função do sistema.[33] [grifou-se]

De acordo com Luhmann, a especificação funcional do Direito ocorre em razão de três aspectos: a) separação entre o Direito e a Moral[34]; b) distinção entre

---

[32] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II.., p. 19.

[33] GONÇALVES, Guilherme Leite. Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

[34] "É necessário abdicar-se da fusão entre a legalidade e pretensões humanas, que se apresentava de forma especialmente manifesta no pensamento jurídico de cunho ético na filosofia grega. O critério do direito já não pode mais assumir a forma de instrumento ético da justiça como algo desejável (apenas!) individualmente. A separação entre o direito e a moral torna-se uma condição de liberdade" (LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II..., p. 23-24).

Direito e “Verdade Científica”[35]; c) o Direito não apresenta “funções socializadoras e educadoras"[36].

Aponta o autor teutônico que a separação entre o Direito e a Moral foi imposta a partir de um processo histórico de secularização do direito desde a antiga Roma até o século XIII, sendo estabelecido a “diferenciação entre determinantes internos e externos da ação”[37]. Assim, “o direito não pode mais ter como tarefa, principalmente, a constituição da moralidade da conduta, garantindo assim as condições para a respeitabilidade recíproca”[38].

2.2. A LEGITIMIDADE PELA LEGALIDADE: AUTOPOIESE DO DIREITO

A definição do Direito como *sistema autopoiético* é possível a partir de três características: a) fechamento operacional e abertura cognitiva; b) especificação da função do Direito (processamento de expectativas normativas mediante sua estabilização contrafática); c) codificação binária do sistema (lícito/ilícito).

A autopoiese do sistema jurídico, portanto, é evidenciada pelo fato de o Direito produzir o próprio Direito, ou seja, as normas jurídicas são produzidas

---

[35] “[...] o direito não era mais capaz de absorver em sua própria estrutura o elevado risco implícito no novo conceito da verdade, seu caráter apenas hipotético e a constante possibilidade de seu falseamento através da pesquisa descentralizada. Isso forçou uma distinção radical entre a verdade científica e o direito, e ainda a adequação de ambos aos respectivos riscos. Os motivos que levaram a essa mudança partiram mais da esfera da ciência e de sua especificação em funções cognitivas, e através dos seus efeitos rompeu-se a referência tradicional do direito à verdade” (LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II..., p. 25).

[36] “A função educadora do direito era objeto, particularmente, da filosofia do direito grega; mas ela sempre foi exercida latentemente na simbolização do direito [...] A linguagem jurídica atual busca outros objetivos. Ela não medeia instrumentos de memorização ou de convencimento e não se presta, de nenhuma forma, à simples leitura ou audiência – somente à consulta na procura de formas específicas para a solução de problemas [...] Ao despir-se de funções intrínsecas, anteriormente também exercidas pelo direito sem serem obrigatoriamente a ela vinculadas, o direito adquire uma mobilidade relativa, dentro dos limites estabelecidos pela possibilidade de coerção física” (LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II..., p. 25-27.

[37] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II..., p. 23.

[38] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II..., p. 23.

através de outras normas jurídicas ("recursividade operativa"). A legitimidade do Direito Positivo não advém de elementos externos, como, outrora, se considerava (religião, moral ou o direito natural). Para Luhmann, a legitimação do Direito consiste em um problema interno ao sistema jurídico, não podendo, pois, ser remetido externamente para o processo democrático de legiferação, como propõe Jürgen Habermas[39].

> A positivação do direito, ou seja a redução do limiar da mudança nas estruturas jurídicas, pressupõe uma certa neutralização social dos mecanismos de conflito político. As frentes políticas não podem espelhar concomitantemente contradições sociais contínuas e contundentes, mas precisam ser organizadas enquanto conflito, tornando-se assim capacitadas a absorverem na política as mutações das contradições entre interesses sociais e a resolvê-las no caso de decisões programáticas.[40]

Outrossim, para o sociólogo germânico, o Direito deve ser capaz de legitimar-se não com esteio nos valores, motivações ou no consenso dos homens (sistemas psíquicos), algo como uma "motivação deontológica". A bem da verdade, a legitimidade consistiria na "disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância"[41], de modo que "a legitimidade deve ser definida a partir de sua função, que consiste na implementação fática do direito e no controle da decisão jurídica"[42].

> Para a teoria dos sistemas, o direito, concebido como um subsistema funcional de uma sociedade funcionalmente diferenciada, visa apenas desenvolver sua função que, conforme já foi indicado, consiste na estabilização contrafática de expectativas normativas. Num tal contexto, a definição da legitimidade em termos de disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido é totalmente compatível com a função que o direito visa desenvolver, pois, ao garantir a disposição para a aceitação das decisões, ela

---

[39] Nesse sentido: NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã..., p. 84-85.
[40] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II..., p. 49.
[41] GONÇALVES, Guilherme Leite. Teoria dos sistemas sociais..., p. 146.
[42] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II..., p. 70.

> garante a implementação fática do direito e, para uma teoria funcionalista, isso basta.[43] [grifou-se]

A positividade, enquanto acoplamento estrutural entre Direito e Política, permite que o Direito possa evoluir em conformidade com as exigências de redução de complexidade da sociedade e em obediência às normas jurídicas estabelecidas para sua alteração. Logo, é a flexibilidade do Direito que possibilita sua diferenciação. E a *decisão jurídica* representa o principal instrumento de "fechamento" do sistema.

> O direito só pode ser institucionalizado enquanto variável, quando sua variação está submetida a processos de assimilação em termos de aprendizado. Nesse contexto, o móvel principal dessa apreensão é o fato de que o direito vigente produz frustrações – seja por sua repetida transgressão ou por frustrar expectativas normativas contrárias. As frustrações devem ser continuamente reprocessadas no circuito das decisões jurídicas, sendo então absorvidas cognitivamente como informações que darão ensejo à indagação se elas são suficientes para fundamentar uma mudança do direito.[44]

Portanto, enquanto Direito Positivo, o sistema estabelece as condições de sua própria validade, se legitimando como Direito. Assim como se observa nos demais sistemas sociais, a legitimação da atuação do sistema jurídico é auto-imposta pelo sistema, de modo que a sua *legitimidade* advém da *legalidade*.

> Em termos mais estritos pode-se falar de positividade – no sentido do direito enquanto totalidade somente quando o próprio estabelecimento do direito, ou seja a decisão, tornou-se base do direito. E isso só pode ocorrer na medida em que a própria seletividade desse estabelecimento é aproveitada para a estabilização do direito. O direito positivo vige não porque normas superiores permitem, mas porque sua seletividade preenche a função do estabelecimento de congruência.[45]

---

[43] GONÇALVES, Guilherme Leite. Teoria dos sistemas sociais..., p. 146-147.
[44] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II..., p. 37.
[45] LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo I. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 236-237.

De se notar, com efeito, que a positividade do Direito sustenta-se na decidibilidade e alterabilidade do sistema jurídico, outrossim, “a positividade significa que a decisão, mesmo se vier a alterar radicalmente o direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico”[46].

2.3. A POSITIVAÇÃO DE VALORES E O FECHAMENTO OPERACIONAL DO DIREITO

Ao tratar da diferenciação dos *programas condicionais* (Direito) e *finalísticos* (Política), Luhmann afirma que a estrutura dos valores não se adéqua, *a priori*, às estruturas dos programas decisórios condicionais, uma vez que o elevado grau de abstração dos valores inviabiliza qualquer capacidade de diferenciação. De fato, os valores agregam uma quantidade ilimitada de expectativas comportamentais e, assim, por serem pouco “operativos”, não possibilitam a orientação de uma decisão[47].

O pensador alemão reconhece que o advento do Estado Social trouxe à tona a bandeira relativa à positivação de valores no ordenamento jurídico.

> Os valores são o cavalo de troia do sistema jurídico contemporâneo. Incluem no interior do direito elementos políticos, econômicos, morais e sociais capazes de corromper e destruir o próprio sistema. Quando positivados, os valores não produzem apenas a indistinção entre expectativas jurídicas e outras expectativas sociais. Bloqueiam, ainda, o processo de diferenciação entre direito e política, pois aumentam o subjetivismo e a incerteza das escolhas sobre qual valor ou ideologia é o mais adequado ou o melhor para o caso específico. Se o direito pode a qualquer momento mudar conforme o interesse do momento, sua autonomia é destruída.[48]

Luhmann propõe uma reação sistêmica ao fenômeno, pugnando pela necessidade de serem estabelecidos instrumentos capazes de conferir aos valores positivados uma concretização de sentidos de modo a vincular minimamente o

---

[46] NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã ..., p. 80.
[47] GONÇALVES, Guilherme Leite. Teoria dos sistemas sociais..., p. 95.
[48] GONÇALVES, Guilherme Leite. Teoria dos sistemas sociais..., p. 95.

futuro. A proposta luhmanniana, portanto, vale-se da importância das decisões judiciais para o fechamento operativo do Direito.

Nesse sentido, a interpretação dos valores estabelecida nas decisões, ao concretizar uma dada interpretação sobre um valor, produziria uma abstração sobre o tema de forma a orientar escolhas futuras.

Com efeito, a criação de um precedente estabelece um sentido específico a determinado valor. “A decisão anterior vincula e concretiza o conteúdo dos princípios, tornando-os programas condicionais. A redundância argumentativa transforma valores em programas decisórios”[49].

CONCLUSÃO

De acordo com a teoria sistêmica luhmanniana, o Direito é um sistema autopoiético, residindo a sua diferenciação no código binário “lícito-ilícito” ou “direito-não direito”. Ainda que autorreferente face aos seus próprios conceitos, o Direito absorve elementos de seu interesse no meio-ambiente, incorporando-os e traduzindo-os através de seu código “lícito-ilícito”.

Enquanto Direito Positivo, o sistema estabelece as condições de sua própria validade, se legitimando como Direito. Assim como se observa nos demais sistemas sociais, a legitimação da atuação do sistema jurídico é conferida pelo próprio sistema, de modo que a sua *legitimidade* advém da *legalidade*.

Admitindo a existência de interferências intersistêmicas, aduz Niklas Luhmann que a proibição de denegação de justiça, como fundamento constitucional, obriga que o sistema se esforce para a acomodação e resolução de todas as questões passíveis de apreciação pelo Direito, sendo, portanto, o “direito judicial” como algo que submerge no contexto de tal necessidade.

---

[49] GONÇALVES, Guilherme Leite. Teoria dos sistemas sociais..., p. 96.

Não se deve permitir, entretanto, que o Direito sofra a intersecção direta de elementos estranhos ao seu sistema, sendo imprescindível que os fundamentos valorativos e morais sejam traduzidos para o Direito de acordo com o código que lhe é próprio, de modo que a decisão judicial seja fundamentada em critérios jurídicos e não em elementos que, sob a perspectiva de diferenciação de sistemas, lhe sejam alheios.

A proposta luhmanniana vale-se da importância das decisões judiciais para o fechamento operativo do Direito, de modo que a interpretação de questões axiológicas estabelecida nas decisões concretiza uma orientação sobre um valor e, por conseguinte, produz uma abstração sobre o tema de forma a orientar escolhas futuras. Por vincular e concretizar o conteúdo dos princípios, as decisões tornam-se programas condicionais e sua constante observância – como precedente – transforma, em última instância, os valores em programas decisórios.

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Guilherme Leite. Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto a partir do original La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord). Il Futuro Della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996, p. 10. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva. Acesso em: 06 jun. 2014.

LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Revista Ajuris, Porto Alegre, nº 49, ano XVII, p. 149/168, julho de 1990.

LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2011.

LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Tradução: Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo I. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, Tomo II. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta. Niklas Luhman e sua obra. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Universitária, 1997.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. Para entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoiético. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAPÍTULO 3

INTERPRETAÇÃO E DIREITO: ENTRE DWORKIN E GADAMER, ENTRE O ROMANCE EM CADEIA O CÍRCULO HERMENÊUTICO ATÉ A RESPOSTA CORRETA.

Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior

Resumo: Ainda que pesem eventuais críticas a esta possível tentativa de relatar proximidades entre os trabalhos do jurista americano Ronald Dworkin e o do professor alemão Hans-George Gadamer, fixe-se que este estudo tem por objetivo fazer uma análise comparada de ambos os modelos, ressaltando, como se verá, um possível ponto de convergência entre os movimentos interpretativos defendidos pelos autores (romance em cadeia de Dworkin e o círculo hermenêutico gadameriano), notadamente na sua tentativa de superar a discricionariedade e arbitrariedade na construção do entendimento. Porém, também será discutido uma primordial diferença no posicionamento doutrinário assumido por eles no que diz respeito a singularidade, ou melhor, transcendentalidade de uma possível resposta correta como resultado destes mesmo movimentos.

Palavras-Chaves: Interpretação. Dworkin. Gadamer. Romance em cadeia. Círculo Hermenêutico. Resposta Correta.

Abstract: Yet despite any criticism of this possible attempt to report the vicinity between the work of Ronald Dworkin and Hans-George Gadamer, to secure that this study aims to make a comparative analysis of both models, highlighting, as will be seen, a possible point of convergence between the interpretive movements advocated by the authors (Dworkin´s chain novel and the circle gadamerian hermeneutic), especially in its attempt to overcome the discretion and arbitrariness in the construction of understanding. However, it will also be discussed doctrine a major difference in position assumed by them with regard to uniqueness, or rather a transcendental can correct even as a result of these movements.

Key Words: Interpretation. Dworkin. Gadamer. Chain novel. Hermeneutic circle. Correct Answer.

Introdução

Trata-se, no presente trabalho, de um estudo comparado entre as ideias e dogmas interpretativos de construção do entendimento jurídico para Dworkin, a partir da idealização da justiça como integridade, e os postulados fomentados pela hermenêutica filosófica conforme firmados e desenvolvidos pelo filósofo alemão Hans-George Gadamer.

Frise-se, desde logo, que é perfeitamente compreensível uma possível resistência prévia a qualquer tentativa de aproximar um jurista eminentemente argumentativista como Dworkin e um filósofo comprometido primordialmente com a epistemologia do entendimento, como Gadamer. Entretanto, chamo atenção para dois pontos de ambas as teorias, os quais, a partir de um exame mais acurado, podem fornecer indícios de proximidade entre os mencionados autores.

Neste sentido, o presente estudo se fixará basicamente nos seguintes temas: a questão da resposta correta, ou seja, da possibilidade, para as duas teorias interpretativas, de sempre se chegar a uma, e só uma resposta correta a partir de um movimento hermenêutico racional; e as possíveis semelhanças verificadas entre os esquemas de construção ou busca desta resposta, o que Dworkin chamou de redação comunitária ou elaboração de um *romance em cadeia*, e Gadamer, sobre outra ótica, trabalhou como círculo hermenêutico.

Antes de tais conclusões, entretanto, e seguindo as linhas orientativas traçadas pelo professor Lênio Streck nas páginas iniciais de sua obra *Verdade e Consenso* (2014), cabe localizar paradigmaticamente o presente o artigo, o qual, na realidade nada mais é do que uma análise da legitimação do fenômeno interpretativo dentro do positivismo e do neopositivismo enquanto modelos de entendimento do mundo jurídico e efetivação dos direitos legislados. Por este caminho, nada mais natural do iniciar tal exame a partir de uma breve síntese sobre a evolução da interpretação para estes movimentos.

A flexibilização da moldura interpretativa no positivismo: de Kelsen a Hart (e as valiosas lições de Streck).

O que Streck (2014) originalmente menciona ou põe em discussão é uma espécie de evolução da postura interpretativa a ser adotada pelos juristas e aplicadores das leis em três dos mais importantes modelos de entendimento do Direito preconizados no século XX, quais sejam: a Teoria Pura do Direito de Kelsen, o “realismo-positivista” do jurista inglês H. L .A Hart, e por fim os princípios e a realização do Direito como integridade para Ronald Dworkin.

Pois bem, iniciando por Kelsen, o qual é mencionado por Streck como o primeiro autor a superar o paradigma do positivismo exegético e a considerar a inevitável participação da discricionariedade[50] na construção ou efetiva implementação do Direito posto, tem-se que este jurista austríaco, influenciado pelo avanço cientifico discutido Círculo de Viena, também foi o primeiro a buscar a exata definição do Direito como ciência, concebendo o fenômeno interpretativo a quase uma fusão da investigação empírica do “ser” e a atividade volitiva do intérprete na busca do “dever ser”. Segundo Streck (2014, p. 35):

> Kelsen não era um positivista exegético. Sua obra vem para superar essa concepção de positivismo. O seu positivismo é normativista. Ele não separa o Direito da Moral. Para Kelsen, o cientista faz um ato de conhecimento, descritivo, não prescritivo, já o aplicador da lei faz um ato de vontade (acrescento de poder). Juiz não faz ciência e, sim política jurídica.

Em que pese entendimentos equivocados que afastam Kelsen da consideração da discricionariedade no movimento interpretativo jurisdicional, é

---

[50] Interessante notar o liame estabelecido pelo autor entre o tema acima tratado e a discricionariedade/arbitrariedade proporcionada por uma interpretação valorativa dos textos legais. Fixa Streck (2014, p. 52) que por discricionariedade devemos entender o movimento realizado pelo aplicador do direito na busca de “criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento”. Neste sentido, é óbvia a diferença, por exemplo, entre a discricionariedade judiciária, tal qual como conceituada, e a discricionariedade administrativa, esta última definida como o espaço, sempre balizado pela lei, no qual o administrador público pode agir de acordo com a oportunidade e conveniência de qualquer ação em relação ao interesse público. Para o autor, destaque-se ainda que, considerando que a atividade interpretativa sempre cria novos espectros de concepção da verdade, seria ilógico ou imaturo distinguir de maneira estanque os conceitos de discricionariedade e arbitrariedade. O grande impasse da concepção da discricionariedade como elemento indissociável do movimento hermenêutico-jurídico está, entretanto, está no excesso dessa estreita relação. Veja que Streck (2014, p. 53) afirma que “em qualquer ‘espaço’ de sentido – vaguezas, ambigüidades, cláusulas ‘abertas’ etc. -, o imaginário dos juristas vê um infindável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. ”

preciso esclarecer justamente o contrário: para ele, o direito legislado formaria uma espécie de moldura rígida, intransponível, dentro da qual o legislador poderia escolher uma, das várias interpretações possíveis, porém, frise-se, sem nunca ultrapassar tais fronteiras. Para Kelsen (1999, p. 247):

> Se por "interpretação" se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Considerando essa limitação, no que se refere à interpretação em si, e em nome de uma segurança jurídica, o professor austríaco recorre a uma orientação de vinculação ontológica da leitura e realização do texto ao sentido semântico das palavras que compõe a norma, devendo o juiz aplicador manter sua própria compreensão dentro dos limites e fronteiras determinadas pelo plausível significado das palavras. Ainda que se permita determinada investigação da extensão da norma pelos aplicadores, tal entendimento não deve se ultrapassar os limites de uma espécie de moldura legislada.

Streck (2014, p. 37) crítica este posicionamento com base na impossibilidade de se determinar de antemão o significado lingüístico de todas as palavras. Menciona que "se as palavras são polissêmicas, se não há a possibilidade de completar o sentido das afirmações contidas m um texto, quando é que se pode dizer que estamos diante de uma interpretação literal?" Afirma ainda com toda a clareza que "a literalidade e a ambigüidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem o enunciado."

Grande dificuldade surge quando a lei, enquanto única fonte de exteriorização normativa do Direito para Kelsen, não consegue acompanhar a evolução concreta dos fenômenos sociais, e para determinados casos, denominados por Dworkin como difíceis, a simples interpretação literal não é mais suficiente para alcançar um resultado “encaixável” na moldura normativa. Nestes termos, para o juiz de fato encontrar a verdade, ele teria que pincelar sua decisão além das bordas do quadro legal.

|A partir deste contexto, deste impasse que pôs em cheque a própria sobrevivência do positivismo enquanto visão de mundo, Streck menciona as críticas e soluções apontadas pelo jurista inglês Herbert Hart para a superação da crise hermenêutica enfrentada por Kelsen. Menciona Streck (2014, p. 37), que Hart, adepto de um positivismo conceitual, poderia perfeitamente admitir que aos juízes cabem também “decidir casos que não estão previamente previstos de forma unívoca pela ordem jurídica vigente, sem se contradizer”. Hart torna flexível, por esforço jurisdicional, a moldura legal, de modo que esta englobe uma nova interpretação fixada por autoridades reconhecidamente competentes, o que antes, no modelo kelseniano, era impossível (quando considerada a mera literalidade da lei). A única exigência que Hart faz, até mesmo em uma tentativa de manter-se ainda positivista, é que tais novas decisões sejam de fato reconhecidas pelo sistema jurídico vigente como adaptação face avanços interpretativos.

O autor inglês (HART, 1991, p. 100) prever que, singularmente, um sistema jurídico é formado por dois tipos de regras distintas, as primárias, que estabelecem materialmente comportamentos traduzidos em obrigações, abstenções e permissões, e as secundárias, que são as que conferem aos tutelados as possibilidades de criar, extinguir, modificar, aplicar e fiscalizar a execução das regras primárias.

Baseadas em tais funções, e de acordo com os possíveis defeitos que poderiam surgir em um ordenamento formado somente por regras primárias, as normas secundárias ainda se subdividem em outros três subtipos. Têm-se assim as regras de alteração ou de mudança, definidas como aquelas que “conferem

poder ao indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo [...] e para eliminar regras antigas' (HART, 1991, p.106), bem como há também as regras de reconhecimento, com atribuições de estabelecer e revelar os parâmetros exigidos pelo sistema para que uma norma com conteúdo primário possa ser identificada como pertencente a este mesmo ordenamento. Somente regras primárias devidamente reconhecidas podem fazer parte do sistema. Por fim, destaque-se ainda as regras de julgamento ou adjudicação, que "dão poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária" (HART, 1991, p.107).

Pois bem, esta concepção do direito como sistema jurídico formado por regras primárias e secundária (mais precisamente por normas de reconhecimento e julgamento) aparentemente traduz uma solução eficaz ao problema da limitação do modelo kelseniano de interpretação semântica. Ocorre que, por exemplo, nos casos difíceis, ou seja, naqueles cujas soluções não estejam inscritas dentro da moldura fornecida inicialmente pela norma legislada, os juízes ou Tribunais, frente a uma lacuna, podem flexibilizar tais fronteiras, permitido que a referida moldura alargue-se para abranger uma nova hipótese, desde que, é claro, tal movimento de construção de entendimento interpretativo seja posteriormente reconhecido pelo sistema:

> Na verdade, um sistema que tem regras de julgamento, está necessariamente ligado a uma regra de reconhecimento de uma espécie elementar e imperfeita. Isto é assim porque, se os tribunais tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao facto de uma regra ter sido violada, estas não podem deixar de ser tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as regras são. Por isso, a regra que atribui jurisdição será também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias através das sentenças dos tribunais e estas sentenças tornar-se-ão uma fonte de direito.

Impende destacar que as idéias acima, embora engenhosas para a resolução de casos difíceis, por vezes servem de combustível para os críticos da posteridade aparentemente distanciarem Hart do positivismo. Segundo eles, o

autor inglês flerta com o realismo ao admitir, como última razão de validade e realização do Direito, as manifestações dos juízes e Tribunais. Tais considerações, embora plausíveis, devem ser observadas com cautela, já que, no mínimo, se Hart em algum ponto assumiu uma posição realista de leitura do Direito em detrimento do positivismo, pelo menos não se tratou de realismo puro (se é que podemos falar de pureza deste tipo de categoria de entendimento), haja vista que, embora aos juízes e Tribunais coubesse a resolução de casos difíceis, seu campo de atuação não era amplo e irrestrito, estava sempre vinculado a comandos internos reconhecimento estabelecidos no sistema positivado.

A interpretação segundo Dworkin: coerência, romance em cadeia e a resposta correta

Dworkin, entretanto, observado as críticas de Hart ao modelo kelseniano e de realização hermenêutica a partir de um positivismo conceitual, aponta inconsistências também quase que insuperáveis na solução inglesas: para o americano, até que o juiz pode (e deve) buscar resultados diretamente fora do sistema frente ao silêncio da lei, porém o fundamento de tal busca não precisa está necessariamente dentro do próprio ordenamento, há a concreta possibilidade, segundo Streck (2014, p. 40), de que “tais padrões seriam princípio que estariam embebidos em uma forte controvérsia de fundo não apenas jurídico, mas também, e principalmente, moral.”

Em linhas gerais, o que Dworkin oferece para os operadores do Direito é a possibilidade de se recorrer a uma gama de princípios com fundamentações externas ao ordenamento posto, lastreados, em sua maioria, em valores morais, políticos e culturais para a resolução de casos difíceis[51]. Entretanto frise-se, desde

---

[51] Para Dworkin (2014, p. 291), “o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade e devido processo adjetivo e pede-lhes que os apliquem em novos casos que se lhe apresentem , de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equânime sobre as mesmas normas.”

logo, que mesmo nesta perspectiva, o juiz não é irrestritamente livre, haja vista que a realização do Direito deve sempre partir do pressuposto de que a sua criação é de responsabilidade de um mesmo autor – a comunidade personificada, neste sentido, ainda que se busque determinadas orientações para implementação das regras jurídicas a partir de argumentos externos ao sistema, o jurista/intérprete não deve se desviar da prática comum em relação à norma aplicada:

> Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou derivam, dos princípios da justiça e da equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 2014, p. 272).

As idéias acima constituem o que conhecemos, através da obra do jurista americano, por direito como integridade, que se revela principalmente na interpretação de casos difíceis. Tal teoria nos permite dizer que, em situações complexas, os juízes e tribunais podem recorrer a elementos localizados fora do ordenamento, normalmente instrumentos de complementação ou integração legal vinculados a princípios e valores de justiça e equidade (moral), entretanto, tal saída não é ampla e ilimitada, haja vista que os aplicadores do direito devem guardar ou buscar uma relação de coerência da decisão tratada no caso concreto e as outras proferidas em situações idênticas. Imperioso mais uma vez descrever, nas palavras do autor (2014, p. 274), o cerne da questão:

> Quando o juiz declara que em determinado princípio esta imbuído no direito, sua opinião não reflete a afirmação insegura sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da pratica jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivista, em virtude de sua própria natureza.

O compromisso jurisdicional pregado por Dworkin para a correta realização do direito como integridade exterioriza-se, principalmente, pela observância da prática adotada pelos outros juízes e tribunais que antecederam o intérprete no exato momento da decisão, o qual, mesmo guiado por valores

intrínsecos de justiça e equidade, deve-se manter fiel, no máximo possível, aos precedentes e ao sistema como um todo.

Magistral é a comparação que o jurista americano faz entre a produção de um gênero literário, o romance em cadeia, e a exteriorização da interpretação judicial frente a determinados casos, notadamente os difíceis. Neste sentido, para Dworkin (2014, p.275), "podemos encontrar uma comparação [...] fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de "romance em cadeia".

De uma forma geral, e nas palavras do próprio autor, o dito romance em cadeia nada mais é do que uma produção coletiva e concatenada de um romance, onde vários autores, um após o outro, e isoladamente, são responsáveis pela elaboração de um romance, de uma história em série, como se cada um, em seu momento, representa-se um único designo de um só escritor. Assim "cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte [...]" (DWORKIN, 2014, p. 275), entretanto, sempre guardando respeito ao trabalho já produzido para que se garanta sentido e coerência ao resultado final.

Com este sentido, no que diz respeito à efetiva redação do romance, vê-se que o processo sugerido se completa em duas etapas: a adequação, onde o escritor que recepciona a obra e toma conhecimento da produção até então já implementada, e decide o rumo a ser adotado por ele naquele momento. Não é raro que o bom autor/intérprete vislumbre inicialmente algumas posições diferentes para continuar o trabalho, notadamente guiado por suas próprias convicções e compreensões sobre o estado do romance. Neste sentido, afirma Dworkin (2014, p. 278) que "a esta altura, entram em jogo seus juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes idéias que se poderia esperar que o romance expressasse". Em um segundo momento, definível como uma espécie de busca da coerência, o redator, de posse das várias interpretações aparentemente possíveis, deverá julgar "qual dessas leituras

possíveis se ajusta melhor a obra em desenvolvimento, depois de considerado todos os aspectos da questão. ”

Pois bem, feitas tais considerações, fixe-se que para Dworkin o ato de sentenciar, principalmente na apreciação de casos difíceis, aproxima-se da produção de um romance em cadeia. O juiz, durante o processo hermenêutico de construção da resposta correta, não raramente recorre a valores de justiça e equidade lastreados nas suas pré-compreensões sobre o assunto, entretanto, para resguardar a coerência e a integridade do sistema, sempre deve buscar com rigor consonância com a prática jurídica (normalmente representada por precedentes) já consolidada.

Na realidade, já tocando no outro assunto que também constitui o foco do exame proposto neste artigo, qual seja os pontos de convergência teoricamente verificados entre o Direito como integridade dworkiniano e a hermenêutica filosófica gadameriana, passemos a análise da possibilidade da existência de respostas corretas, ou melhor, de uma resposta correta e quais seus limites.

Visto isso, e inicialmente recorrendo previamente às lições lançadas à luz por Dworkin em *Uma questão de princípios* (2000), supera-se, desde logo, a dúvida da existência de resultados interpretativos certos para o autor. Prega o professor americano que qualquer norma jurídica como um mínimo de coatividade (ou dispositividade, como mesmo define) sempre impulsionará os juízes para uma resposta, ou seja, os conceitos legais contidos nas normas e reputados válidos pela atividade hermenêutica fazem surgir para o aplicador “o dever, pelo menos *prima facie*, de decidir certos pleitos num certo sentido, mas se não é válido, os juízes devem, *prima facie,* decidir os mesmo pleitos no sentido oposto” (DWORKIN, 2000, p. 176).

Mas a existência de respostas não é, de fato, o problema a ser enfrentado agora. Vê-se que esta visão bivalente da realização jurídica prevista por Dworkin (2000, p. 176) sempre irá fornecer uma solução aos questionamentos propostos, isto é, “em todos os casos, ou a asserção positiva, de que o caso enquadra-se num

conceito positivo, ou a asserção oposta, de que não se enquadra, deve ser verdadeira mesmo quando é controvertido qual delas é verdadeira."

Nesta esteira, revele-se que o grande sentido das teorias hermenêuticas, (ou argumentativistas com fundo interpretativo, como a do Direito como integridade, por exemplo), é saber se a resposta encontrada é realmente a correta. Justamente com esta perspectiva, para Dworkin, torna-se plausível a possibilidade de se encontrar tal figura, mesmo que tais respostas tenham sofrido influência das concepções individuais de equidade e justiça do aplicador. E isso principalmente pelo comprometimento da atividade jurisdicional exigido pela coerência das decisões prolatadas com a prática jurídica consolidada e os precedentes já construídos. Tal argumento torna absolutamente possível, ou melhor, torna quase inevitável, a possibilidade que se chegue a uma mesma decisão em relação a casos difíceis semelhantes, ainda que tais questões sejam submetidas a julgadores diferentes. A única ressalva que se faz no momento é que o conceito de correção da resposta deve está intimamente ligado a uma idéia de coerência sistêmica e consolidação histórica da prática interpretativa. Mais sobre isso, adiante, logo após breve apanhado sobre a hermenêutica filosófica de Gadamer para facilitar a assimilação destas considerações.

Da hermenêutica filosófica gadameriana

Em termos paradigmáticos, a hermenêutica filosófica, enquanto teoria de entendimento, surgiu como uma espécie de reação aos rigores da modernidade expostos principalmente no apego ao procedimento racional, traduzido normalmente na fria relação entre sujeito observador e objeto examinado.

Frise-se, entretanto, que esta proposta de superação da razão enquanto elemento esvaziador do conhecimento deve ser entendida com cautela. Não significa, em hipótese alguma, que a hermenêutica filosófica seja um modelo que se estabeleça em bases metafísicas, irracionais ou simplesmente pregue, por qualquer

outra forma, a superação da cultura e da produção eminentemente humana do conhecimento. Pelo contrário.

De uma leitura atenta da obra de Gadamer, depreende-se que aquilo que se procura afastar da concepção de processo de entendimento, de uma maneira geral, são as concepções de mundo centradas exclusivamente no que, em momento distinto, Adorno e Horkheimer (1991) chamaram de razão de instrumental.

Ressalte-se que, para os ilustres professores, o movimento racional que impulsionou a modernidade desde os idos do iluminismo (relacionados, em linhas gerais, com a superação do homem individual em relação ao método, responsável pela ligação entre sujeito e objeto), exacerbou-se e atingiu níveis de total desconsideração do ser humano e da sua interferência na busca pela verdade, ao ponto de focar todo entendimento idôneo somente no procedimento. Assim, resgatando os ensinamentos de Adorno e Horkheimer (1991, p.21) vê-se que "no trajeto para a ciência moderna, os homens renunciaram ao sentido e substituíram o conceito pela fórmula, a causa pela regra e pela probabilidade. "

Em outros termos, a hermenêutica filosófica altera o sentido da busca interpretativa: o método deixa de ser foco único e a verdade passa a ocupar posição mais relevante no entendimento e na produção do conhecimento humano. Nestas linhas, para Gadamer, é impossível construir um modelo interpretativo absolutamente neutro, livre das idéias, dos pré-conceitos, da tradição e dos valores individuais inerentes a cada hermeneuta. Como exposto anteriormente, a neutralidade é mito imposto pelo racionalismo cientifico[52] e que deve ser superado. Segundo o autor (1997, p. 35):

> Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele em primeiro lugar, não é a estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideias metodológicos da ciência – embora, sem dúvida se trate também aqui do conhecimento e da verdade. Ao se compreender a

---

[52]Gadamer refere-se a este movimento com o termo Aufklärung. De acordo com seus ensinamentos (1997, p. 407), "uma análise da história do conceito mostra que é somente no Aufklärung que o de preconceito recebeu o matiz negativo que agora possuí.

> tradição não se compreende apenas textos, as também adquirem juízos se reconhecem verdades.

Pois bem, com tal postura, Gadamer afasta-se dos rigores metodológicos excessivos da modernidade e ruma à consideração dos elementos eminentemente humanos no processo de conhecimento, ou seja, passa a admitir que os pré-conceitos, pré-compreensões, pré-juízos e valores coletivos da tradição enraizados no intérprete, passem a constituir variáveis indissociáveis da formação do conhecimento.

Destaque-se que, em perspectiva, para a hermenêutica filosófica, embora imprescindíveis os fatores inerentes ao hermeneuta como acima expostos, eles não são os únicos. Na realidade, o entendimento se constrói em uma espécie de movimento ontológico onde são constantemente observados, além dos valores mencionados, uma antecipação do objeto e das próprias compreensões e objetivos do emissor do texto, em uma espécie de fusão de horizontes interpretativos em aspectos subjetivos e objetivos. É importante deixar bem esclarecido que aquilo que Gadamer chama de fusão de horizontes é justamente o cenário surgido pela mescla das tradições e das pré-compreensões tanto dos autores como dos intérpretes do texto (critério subjetivo), bem como também o encontro entre a compreensão e a linguagem (fusão objetiva). Porém não é exagero estender ao conceito de fusão de horizontes a unificação de panoramas não só humanos ou objetivos, mas também temporais, senão vejamos:

> Na finitude histórica de nossa existência está o fato de que sejamos conscientes de que, depois de nós, outros compreenderão cada vez de maneira diferente. [...]. A redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como nos acontecimentos históricos, a redução à intenção dos que atuam neles. (GADAMER, 1997, p. 549).

Pelo exposto, acrescente-se ainda que esta fusão de dimensões horizontais pode relacionar-se com resultados das interpretações anteriores do mesmo texto, levadas a efeito tanto pelo atual hermeneuta em uma revisitação aos

documentos investigado, dando um sentido dinâmico ontológico positivo[53] ao ato de (re) interpretar, como em relação às outras propostas formuladas por outros estudiosos considerando o que já foi dito a respeito do tema. Esse movimento, definido como círculo hermenêutico[54], tem como pressuposto devolver todo o objeto examinado ao intérprete, sempre, entretanto, em um outro nível de partida para a compreensão, já que tal fenômeno, como tenho dito, segundo Gadamer, nada mais é que o resultado das fusões de percepções subjetivas e temporais inerentes aos hermeneutas.

Gadamer e Dworkin: o círculo hermenêutico, o romance em cadeia e a resposta correta.

Gadamer e Dworkin, embora separados pelos paradigmas de construção adotados em suas teorias, unem-se pela proposta racionalista de entendimento do mundo, notadamente na tentativa de superação da pobre relação sujeito/objeto estabelecida pela modernidade instrumental e pelo positivismo clássico, respectivamente. Neste sentido, importa ressaltar, desde já, as semelhanças e distinções verificadas entre os procedimentos de antecipação dos sentidos interpretativos propostos por eles.

Inicialmente, quanto às semelhanças, fixe-se que tais traços são percebidos principalmente nos mecanismos de construção do conhecimento estabelecidos por ambos. Neste aspecto veja-se, por exemplo, os pontos em comum verificados entre a idéia do ato de sentenciar construída por Dworkin, vinculado ao modelo da realização do Direito como integridade (comparado com a construção de

---

[53]Sentido ontológico positivo nada mais é do que a definição de projetos interpretativos assumidos por um hermeneuta que se propõe a compreender determinado texto, o que, não raramente, é influenciado pelos objetivos da leitura das convicções pessoais dos intérpretes.
[54]Essa ideia de construção do entendimento a partir de um círculo hermenêutico não é, de fato, originalmente gadameriana. Segundo o professor Ney Bello Filho (2003, p.86), “o projeto que surge com o sujeito observador é o primeiro degrau do procedimento hermenêutico proposto por HEIDEGGER e descrito e defendido por GADAMER. ”

um romance em cadeia), e o círculo hermenêutico aperfeiçoado por Gadamer, claro que em um plano bem mais amplo

Em uma visão, digamos puramente estática, ou seja, que considere apenas os elementos fixos que devem compor o movimento hermenêutico, Gadamer e Dworkin convergem para reconhecer a importância, ou melhor, a imprescindibilidade dos valores incultos no próprio intérprete que se propõe a conhecer. Os mencionados elementos são denominados ou reconhecidos pela hermenêutica filosófica como pré-conceitos, pré-compreensões e pré-juízos incrustados na essência do próprio hermeneuta. Dworkin também revela a importância e influência dos juízos estéticos ou convicções individuais dos aplicadores na construção do entendimento:

> Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si muito complexo e, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política a outra, sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre justiça e equidade, mas suas convicções de ordem superior de acordo com esses ideais quando competem entre si. [...] Qualquer juiz desenvolverá, ao longo de sua formação e experiência, uma concepção bastante individualizada do Direito, na qual ele se baseará, talvez inconscientemente, para se chegar a essas diferentes decisões e avaliações [...]. (DWORKIN, 2014, p. 306)

Ainda sob um enfoque eminentemente estático, outro ponto em comum entre os dois autores reside na consideração de valores prévios e externos (em relação ao intérprete) fornecidos pelo meio comunitário, o que Gadamer, em um amplo sentido filosófico denomina de tradição, e Dworkin, em âmbito jurídico-normativo, identifica como prática jurídica consolidada. Tais considerações nada mais representam que a instrumentalização do compromisso assumido pelos intérpretes com as determinações e influências que os cercam, ou seja, com a tradição, no amplo sentido gadameriano do elemento, ou o que, observado em um plano mais restrito ou aplicado, como o Direito, representa simplesmente a coerência com o ordenamento jurídico e os precedentes, assim como prescreve para Dworkin. Logo, aparentemente os dois autores tem uma resposta bastante parecida com o que vem a ser a solução correta para um problema: a coerência do resultado dos trabalhos hermenêuticos com os valores individuais inerentes ao

intérprete e, principalmente, com a tradição. Streck (2014, p. 354) partilha do mesmo entendimento, inclusive proclama que:

> Tanto em Gadamer como em Dworkin é possível distinguir boas e más decisões (pré-juízos autênticos/legítimos e inautêntico/ilegítimos), o que significa que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e o direito a um tratamento igualitário, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que proferem. Na especificidade, Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidade para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra a discricionariedade (se assim se quiser, pode-se chamar isso de segurança jurídica) – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade.

Pois bem, em que pese às constatações acima que aproximam os modelos tratados, quando transportamos os elementos estáticos mencionados para a dinâmica do procedimento de antecipação dos sentidos em Gadamer e Dworkin, percebemos uma grande diferença entre as teorias: a coerência exigida pelo entendimento do Direito como integridade, reduz consideravelmente a atividade do juiz na exata medida que vincula o seu pronunciamento à prática consolidada e aos precedentes da comunidade personificada. Em Gadamer, as restrições são bem menores, haja vista que não existe esta “hierarquia” entre os elementos internos e externos do intérprete. Tais constatações têm influência consideráveis na possibilidade de encontrar-se, nos dois modelos, uma, e apenas uma resposta correta.

Antes é interessante, justamente neste ponto, resgatar o conceito, ou pelo menos os traços distintivos e atributos do que vem a ser resposta correta. Obviamente que tal categoria tem em seu núcleo de definição a verdade hermenêutica, ou a verdade obtida por um processo de concepção quase puramente interpretativo (aqui se entenda interpretação no sentido gadameriano que funde fundamentação/aplicação). Também é obvio que estes exames

dependem do paradigma e objetivo adotados pelo autor ou pelo pesquisador[55], no caso, por exemplo, resgate-se para tal conceituação tanto a hermenêutica filosófica como a realização do Direito enquanto integridade.

Feitas estas considerações e retomando a análise da dinâmica do procedimento de antecipação do entendimento pregada por Gadamer e Dworkin, notadamente no que se refere à diferença entre a possibilidade do intérprete chegar a uma, e só uma resposta correta, fixe-se inicialmente que, o racionalismo defendido por ambos os autores impulsiona sempre o hermeneuta a uma solução certa, ou pelo menos a um resultado específico que em sua natureza deve ser (ou estar) correto. Para Gadamer, por exemplo, o denominado de círculo hermenêutico é construído sobre a idéia de uma razão prática construída a partir da consciência do ser-aí-no-mundo relativo tanto ao intérprete quanto ao emissor da mensagem. Com esta constatação, revela-se impossível encontrar-se qualquer resultado interpretativo longe, ou mesmo não vinculado ao conteúdo ou sentido teleológico do texto a ser interpretado. Já em Dworkin, a racionalidade manifesta-se, segundo Streck (2014, p. 464), na integridade e na coerência que expressam a missão de vincular o "intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismo (nem é necessário enfrentar, aqui, as indevidas e injustas críticas feitas à metafórica figura do juiz Hércules, acusado de solipsismo). Então pergunto: há algo mais digno do signo da racionalidade do que isso?

Porém, a mencionada vinculação do intérprete dworkiniano à integridade do Direito enquanto sistema é diretamente responsável pela mais importante diferença entre os modelos analisados neste artigo. Veja que a coerência exigida dos juízes cria uma espécie de transcendentalidade das respostas a serem fornecidas para casos idênticos. Entenda-se por transcendentalidade da resposta correta justamente o fato dele ser construída segundo a prática jurídica do

---

[55] Perceba que até mesmo a definição de uma categoria inerente a pesquisa, metonimicamente explanando, depende dos paradigmas adotados e buscado pelo pesquisador, o que, por via reflexa, demonstra mais uma vez as validades de (pré) compreensão e objetivos

ordenamento, o que força aos intérpretes, ainda que diversos, sempre a chegar a um mesmo (ou quase o mesmo) entendimento.

Perceba que os valores da tradição, para a teoria gadameriana, nem de longe gozam das mesmas “prerrogativas” (em relação às pré-compreensões individuais dos intérpretes) que a coerência para Dworkin. Na realidade, é como se os elementos comunitários e as concepções internas do hermeneuta surgissem ao mesmo tempo, em uma relação de simbiose, a qual, por sua vez, prova a idéia que, de fato, o homem, por si, não domina a história, ou por ela e dominado, mas sobretudo dela faz parte. Disso resulta uma conseqüência muito importante: a resposta correta gadameriana pode variar de intérprete para intérprete, haja vista que em sua composição existem parcelas que podem facilmente variar entre os seres humanos aptos a entender. Neste sentido é perfeitamente possível que dois homens distintos, porém com a tarefa de entender um mesmo texto, cheguem a respostas também distintas, porém ambas corretas, partindo do pressuposto de que surgiram de um movimento racional.

Por fim, ressalte-se a mais uma vez a importância do que vem sendo tido desde o início deste artigo sobre a obra de Gadamer: a hermenêutica filosófica pode até ser vista como uma reação a modernidade instrumental nos termos que denunciaram Adorno e Horkheimer (1991), porém nem de longe é um movimento irracional. Centra-se na razão prática e na (auto) concepção do ser-aí-mundo na construção do entendimento. Justamente por isso, “presumindo honestidade” e respeito do intérprete ao modelo desvendado por Gadamer, em que se observa sempre uma antecipação dos sentidos do texto a partir de uma fusão de horizontes hermenêuticos subjetivos (valores do intérprete, considerando também a relevância dos valores do emissor do texto) e objetivos/temporais (em que o próprio conceito do texto em si, e as interpretações já realizadas são observadas) é que se chega ao resultado buscado. Veja-se que este movimento, embora diferente da coerência dworkiniana, e ainda que por caminhos diversos, não permite ao intérprete resolver seus problemas por simples considerações discricionárias e arbitrárias.

Referências bibliográficas

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

__________. Uma questão de princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paula Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 2 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. rev., mod.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPÍTULO 4

PERSPECTIVAS TEÓRICO-FILOSÓFICA E POLÍTICA DAS MEDIDAS CAUTELARES EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

Altair Roberto de Lima[56]

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo identificar as convicções filosóficas e políticas que fundamentam o controle abstrato de constitucionalidade de leis, especialmente a jurisdição liminar, debatendo quem teria a última palavra para afastar a aplicação do ato normativo impugnado. Partindo da posição de Ronald Dworkin, que defende a revisão judicial ao se fundar na moralidade democrática de uma comunidade de princípios éticos, foi preciso pesquisar as observações de Jeremy Waldron que, discorrendo sobre quem teria a legitimidade política de afastar a norma inconstitucional, pareceu-lhe mais apropriado deixar a cargo do Legislador. Complementar às observações de Waldron, Mark Tushnet inova o debate, robustecendo-o com as ideias de constitucionalismo popular, abrindo espaços para a participação democrática dos sujeitos constitucionais no processo institucional de proteção de direitos e liberdades.

PALAVRAS-CHAVE: Perspectivas. Filosófica. Política. Caulares. Controle Abstrato. Normas.

ABSTRACT: This work has the purpose to identify the philosophical and political beliefs that underlie the abstract judicial review of laws, especially the injunction jurisdiction, debating who would have the last word to avoid the application of the legislative act contested. Starting from Ronald Dworkin position, defending judicial review to be based on democratic morality of a community of ethical principles, it was necessary to search the comments of Jeremy Waldron that, talking about who would have the political legitimacy of removing the unconstitutional norm, it seemed you more appropriate leave to the legislator. Complementary to the observations of Waldron, Mark Tushnet innovates the debate, steeling it with the ideis of popular constitutionalism, thereby advancing the democratic participation of constitutional subjects in the institutional process of rights and freedoms protection.

KEYWORDS: Prospects. Philosophical. Policy. Caulares. Control Abstract. Standards.

---

[56] Mestrando em Direito Constitucional pelo IDP.

Introdução

O escopo deste trabalho é introduzir as perspectivas teórico-filosófica e política refletidas a partir das medidas cautelares concedidas no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato de normas, numa visão do poder de que se reveste o Estado.

Uma das justificativas filosóficas para a existência de medidas cautelares em processo de fiscalização abstrata de leis é a circunstância de a vida, nos dias atuais, ser muito acelerada. A necessidade de que os atos normativos tenham aplicação segura e efetiva, mesmo quando questionada sua validade, permitiu que o sistema constitucional conferisse ao juiz constitucional a possibilidade de afastar ou suspender, imediatamente, as normas que viciem, formal ou materialmente, o texto constitucional. Mas essa possibilidade tem um preço, um custo, ao sistema jurídico constitucional.

Dworkin, em sua obra *O Império do Direito*, estruturou o que ele chamou de juiz hércules quando entendeu que deveria expor a complexa interpretação jurídica, utilizando "um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade"[57].

Waldron[58], por sua vez, sustenta que a maioria, diretamente ou por representantes eleitos, respeita o ideal de igualdade, de igual capacidade de auto-governo, quando a legislatura estabelece, solene e explicitamente, esquemas e medidas comuns, o que torna democrático o procedimento legislativo.

Por outro lado, Tushnet, em sua visão prospectiva, traz a assertiva de que o constitucionalismo precisa se desenvolver em espaços democráticos, de maneira ampliada a alcançar os sujeitos envolvidos na interpretação constitucional, o que ele, sumarizando, denominou de

---

[57] DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 287.
[58] WALDRON, Jeremy. A dignidade da Legislação. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.

"*populist constitucional law*"[59], aqui traduzido como constitucionalismo popular.

Disso se extrai que o juiz ideal, perfeito e infalível, imaginado por Dworkin, encontra seus limites num ordenamento jurídico positivado pela vontade do titular do poder, o povo, cujos representantes eleitos, quando do seu trabalho como legislador, nao podem ir além nem aquém do regime democrático escolhido pela Constituição, norma que baliza e dá as diretrizes para os demais atos que regulam a vida do Estado e da sociedade a que se refere.

Daí a percepção de que a decisão liminar de inconstitucionalidade de lei, sendo contramajoritária[60], é um paradoxo da democracia, o que torna indispensável ao estudo das medidas cautelares nessa especie de controle uma abordagem teórico-filosófica e política, como a que se propõe nesta pesquisa.

2. A posição de Dworkin

Dworkin trabalha com a integridade do direito, condicionando a verdade das proposições jurídicas aos princípios de justiça, equidade e devido processo, os quais, segundo ele, oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade[61]. A partir dessa concepção, denota-se a preocupação de Dworkin com uma comunidade de princípios e com a moralidade do Direito. A esse respeito, afirma que:

> Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade[62].

---

[59] TUSHNET, Mark. Taking the constitution away from the courts. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. IX.
[60] BICKEL, Alexander. The least dangerous branch – the Supreme Court at the bar of politics. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
[61] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 272.
[62] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 272.

Daí insinuar Dworkin que o pragmatismo[63] – escola filosófica estabelecida no Século XIX que teve como um dos seus líderes o jurista americano Oliver Wendell Holmes Júnior – impõe aos juizes pensar, instrumentalmente, as regras mais adequadas ao futuro[64]. Em verdade, uma das utilidades da filosofia consiste em investigar o que realmente faz diferença na nossa vida prática, porque as respostas ou conseqüências nos permitem descansar tranquilos, enquanto os instrumentos, como o Direito, somente são úteis quando utilizados com finalidades práticas. Assim, para Dworkin "*o pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro*"[65].

Afirma então o autor que o Direito como integridade é produto da interpretação e, ainda, fonte de inspiração[66]. Disso decorre que o direito não é a paz social, em si, mas instrumento de sua concretização e, por isso, dele se origina a pacificação de controvérsias.

Mais adiante, Dworkin esclarece que o juiz imaginado, ideal e perfeito, com poder sobre-humano, leva em conta a análise econômica e considera os custos para a comunidade, de modo que qualquer um outro teria tomado a mesma decisão[67].

Em conseqüência, ele lembra que a finalidade da interpretação é mostrar a melhor leitura possível para o problema, levando em conta decisões anteriores e o modo como foram decididas, quem as decidiu e em que circunstâncias se decidiu. Em suas palavras[68]:

> Uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, e uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente

---

[63] Define-se como pragmático aquele que tem o hábito mental de reduzir o sentido dos fenômenos à avaliação de seus aspectos úteis, necessários, limitando a especulação aos efeitos práticos, de valor utilitário, do pensamento.
[64] DWORKIN, Ronald. *O Império* ...., p. 272.
[65] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 272.
[66] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 273.
[67] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 290.
[68] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 292.

> a substância das decisões tomadas por autoridades anterriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstancias.

A integridade do direito comprova que a interpretação do juiz faz parte de um todo, de um sistema, o qual deve ser coerente, com vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua própria comunidade. Nesse aspecto, a proposta de Dworkin também busca uma coerência hermenêutica do juiz, para justificar o seu poder decisório[69].

E conclui, finalizando: "É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor"[70]. Essa compreensão de Dworkin tem implicações no plano moral politico, cujos valores sustentam um estilo interpretativo fundamental que busca eliminar as concorrências de outras exigências da justiça[71].

Como ideal político, aceita-se a integridade porque se quer tratar a política como comunidade de princípios, cujos cidadãos não têm os princípios comuns como única finalidade. Assim, Dworkin pensa que "a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade"[72] e ressalta que ela, a integridade, explica e justifica tanto os casos fáceis quanto os difíceis[73]. Sustenta, pois, fundado em argumentos moral e político, que o controle de constitucionalidade não viola a democracia, mas acaba por aprimorá-la, mesmo quando levado a cabo por juízes[74].

Assim, Dworkin, ao imaginar um juiz "semideus", acredita que as decisões judiciais terão aspectos de certeza, segurança, moralidade e justiça, capaz

---

[69] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 294.
[70] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 294.
[71] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 310.
[72] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 314.
[73] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 317.
[74] FERREIRA, Emanuel de Melo. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DE RONALD DWORKIN E E JEREMY WALDRON. *In* < *http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2723d092b63885e0*>, acesso em 04,12.14, p. 6.

de dar respostas corretas, ainda que em situações de dificil interpretação que gerem conflito de regras e princípios[75]. Ele também busca uma coerência[76], a qual deve igualmente estar presente na integridade da justiça[77], o que resulta numa necessidade para o juiz constitucional, particularmente quando, ao decidir liminar ou summariamente, suspende a eficácia de lei tida por inconstitucional.

3 – As idéias contrapostas de Jeremy Waldron

O tipo ideal de legislação pensada por Jeremy Waldron e o modelo de juiz idealizado por Ronald Dworkin, a partir da compreensão do regime democrático imaginado pelos dois autores parecem, a princípio, teorias contrapostas, e o conceito de democracia, para ambos os estudiosos, incongruente. Todavia, quando se aprofunda nas posições dos autores, é possível construir um paralelo entre suas idéias, a permitir avizinhar suas doutrinas[78].

Em seu livro *A Dignidade da Legislação*, Waldron parte, a contrário senso, de Aristóteles, John Locke e Kant[79], para chegar a um conceito de decisão

---

[75] SILVA, Dirlene Gregório Pires da. A ampliação do controle de constitucionalidade difuso na perspectiva de Ronald Dworkin: o juiz Hércules em defesa de uma comunidade fundada em princípios. In < http://jus.com.br/artigos/23271/a-ampliacao-do-controle-de-constitucionalidade-difuso-na-perspectiva-de-ronald-dworkin/2?utm_campaign=boletim-diario_2012-12-23&utm_content=titulo&utm_medium=newsletter&utm_source=boletim-diario>, acesso em 28.11.14.

[76] Dworkin escreveu: "*A coerência de princípio é uma outra questão. Exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça*" (DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 163).

[77] DWORKIN, Ronald. *O Império* ..., p. 225: "*Os processos judiciais nos quais se discutiu a igual proteção mostram a importância de que se reveste a igualdade formal quando se compreende que ela exige integridade, bem como uma coerência lógica elementar, quando requer fidelidade não apenas às regras, mas às teorias de equidade e justiça que essas regras pressupõem como forma de justificativa*".

[78] SOARES, Natália Lourenço. UMA RELAÇÃO ENTRE O TIPO IDEAL DE LEGISLAÇÃO DE JEREMY WALDRON E O JUIZ – modelo Hércules de Ronald Dworkin. In <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/politica_natalia_soares.pdf> , acesso em 26.11.14.

[79] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 6: "*Minha percepção é que estes são nomes não comumente associados à idéia de dignidade da legislação. Pelo contrário: Kant é associado à noção de que há severos limites às reivindicações que o direito positivo pode fazer ao pensamento moral autônomo da pessoa individual; Locke é, filosoficamente, o pai fundador da legislatura limitada e da idéia de direitos naturais sobre a legislatura, e Aristóteles é mais comumente*

majoritária. Ele inicia sua obra, dizendo que legislação é direito e "*constitui o grosso dos materiais jurídicos com que as pessoas comuns veem a ter de lidar*"[80]. Mas, em outra passagem, afirma que o direito tem também um sentido distinto de legislação porque independe do propósito humano e "*o seu objetivo é a coordenação de vontades livres*"[81].

Na sua lógica, a "jurisprudência continua fixada nos tribunais, no raciocínio jurídico e no que se considera ser um desenvolvimento orgânico, espontâneo e implícito do direito consuetudinário"[82], lembrando que o importante é "a intencionalidade do 'sim' ou 'não' a uma dada moção e não alguma esperança, aspiração ou compreensão que possa ter acompanhado o voto"[83]. E segue Waldron insinuando que a legislação não é apenas deliberação administrativa ou política, mas produto de uma coletividade, de uma multidão ou de seus representantes[84]. Em outras palavras, a legislatura teria a tarefa de tornar o direito natural "mais determinado, não apenas para casos individuais fora do costume e não apenas para solucionar problemas de coordenação triviais, mas no nível da obrigação moral mais geral"[85].

Além da coesão nas decisões majoritárias[86] e o desenvolvimento de uma democracia participativa, a partir do compartilhamento de opiniões, Waldron justifica as opções tomadas coletivamente, ressaltando que cada um do povo é inferior ao melhor homem, e "*na consideração como um corpo capaz de deliberação coletiva, o povo pode tomar decisões melhores, mais sábias e mais capazes*"[87]. Em sua compreensão[88], sintetiza o majoritarismo decisório:

---

associado à suspeita da democracia e às idéias de virtude política com base nas quais muitas vezes se defende um papel reforçado para o judiciário."

[80] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 13.
[81] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 26.
[82] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 28.
[83] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 33.
[84] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 37.
[85] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 81.
[86] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 152.
[87] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 115.

> A corrupta Câmara dos Comuns, comprada e vendida pelos proprietários ingleses do século XVIII, usou a decisão majoritária. Os juízes a usam no Supremo Tribunal dos EUA quando discordam quanto a derrubar ou não um item de legislação democrática. (...)
>
> Em várias atividades, resolvemos as coisas tirando cara ou coroa: tiramos cara ou coroa para determinar qual lado deve defender qual gol no início de um jogo de futebol. (...)
>
> Como, então, é possível esperar que levemos a legislação a sério quando ela é determinada dessa maneira evidentemente arbitrária? (...)
>
> Contudo, votar contar cabeças - parece justamente o oposto do tipo de cuidado que a justiça exige. (...)
>
> Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A diferença, quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é uma diferença de grupos de constituintes, não uma diferença de método de decisão. (...)
>
> Portanto, quer os tribunais usem a decisão majoritária, quer não, ainda precisamos enfrentar a questão honestamente no que diz respeito aos estatutos: o que fazer da relação entre legislar e votar em um modelo ideal?”.

Waldron também traz sua compreensão a respeito do consentimento, afirmando que este decorre da força moral, e não da força física, no tocante aos fins para os quais é exigida anuência[89]. Disso, ensina o autor a quase impossibilidade de conseguir “*o consentimento unânime de todos os membros*”[90] da comunidade, concluindo[91]: “*Portanto, o consentimento original desempenha uma função muito importante no argumento a favor da decisão majoritária*”[92].

No debate sobre quem teria a última palavra para discutir a constitucionalide de leis há questões jurídico-filosóficas também presentes em

---

[88] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 156-157.
[89] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 166.
[90] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 167.
[91] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 169.
[92] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da* ..., p. 175: “*A importância do consentimento baseia-se puramente nessa igualdade natural da autoridade legitimadora, e isso ajuda a tomar irrelevantes quaisquer outras diferenças na eficácia política entre nós no que diz respeito aos elementos da decisão política*”.

outros países[93]. Esse debate diz respeito à essência do Estado democrático baseado na existência e no equilíbrio entre as funções específicas dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Declarar a inconstitucionalidade de uma lei pode colocar em atrito Legislativo e Judiciário, porque o ato que revoga – modifica ou suspende uma regra – é um ato que, também, tem cunho legislativo. O que dizer, então, da medida liminar que suspende a eficácia de uma lei em controle concentrado de normas?

Para Waldron, procurando resgatar a dignidade da legislação, não haveria coerência em um sistema em que a legislatura eleita, dominada por partidos políticos, toma decisões baseadas no governo da maioria e tenha a última palavra em questões de direitos e princípios. Então, a tarefa de Waldron é colocar a lei no centro dos estudos da filosofia política. Porém, para ele, os tribunais seriam, aparentemente, o espaço mais adequado à essa discussão[94].

Waldron vai examinar, então, as relações entre a maioria e a minoria, partindo da busca pelo consentimento[95]. Há uma simbiose entre ambas, isto é, uma precisa da outra, pois uma abre mão de seus direitos para respeitar as liberdades da outra, convergindo os interesses para uma coerência logica em favor do consenso democrático: a ideia de que a derrota no processo majoritário é algo melhor que a desagregação[96].

---

[93] No estudo sobre as Cortes Constitucionais pelo mundo, há países em que o Tribunal Constitucional é independente em relação ao Poder Legislativo, como é o caso do Brasil; mas há outros paises em que a jurisdição constitucional é feita por um órgão politico, estranho ao Poder Judiciário e ao Legislativo, como na França; em outros, a jurisdição constitucional se desenvolve num espaço do Legislativo (como a Sala Constitucional, na Colômbia.........). Ver 1o. texto Fábio Quintas....

[94] BARROSO, Luís Roberto. CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO. *In* < http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>, acesso em 03.12.14. O autor retrata a figura do juiz, como órgão do Poder Judiciário, na seguinte passagem: "*Na imagem recorrente, juízes de direito são como árbitros desportivos: cabe-lhes valorar fatos, assinalar faltas, validar gols ou pontos, marcar o tempo regulamentar, enfim, assegurar que todos cumpram as regras e que o jogo seja justo. Mas não lhes cabe formular as regras*" p. 21.

[95] FERREIRA, Emanuel de Melo. Op. cit., p. 19.

[96] FERREIRA, Emanuel de Melo. Op. cit., p. 20.

Na perspectiva de Waldron, o simples fato de ser majoritária não garante que a decisão seja correta, mas legítima[97], hábil a respeitar os direitos, sem preocupações com argumentos exclusivamente políticos, porque se pretende a continuidade e a estabilidade das relações sociais. Por isso, o argumento em defesa da decisão majoritária contribui, também, para a dignidade da legislação.

Ainda para Waldron, é possível a imparcialidade no voto dos membros da sociedade, pois eles são consultados quanto às questões relacionadas a seus próprios direitos que lhes são atribuíveis. Admitida essa premissa, Waldron aceita o direito de participação como o direito dos direitos, o que confere ao Parlamento a disposição sobre temas que envolvam desacordo moral[98].

Enfim, enquanto Waldron se posiciona contra a revisão judicial[99], em face da dignidade que enobrece a legislação e, por isso, defende que o legislador tenha a palavra final em vista de sua decisão política, Dworkin, por outro lado, é abertamente favorável à prática da revisão judicial, isto é, o Judiciário como a última trincheira para a proteção dos direitos[100].

Em síntese, as concepções de Dworkin admitiriam a jurisdição constitucional, ainda que em sede liminar (cautelar ou de cognição não exauriente), o mesmo não podendo dizer das ideias de Jeremy Waldron, que têm no Parlamento a *ultima ratio* da garantia de direitos.

---

[97] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da ...*, p. 177: "*Nesse contexto, o princípio da utilidade é, pelo menos, tão controvertido quanto o princípio majoritário; interpretar esse em função daquele pode torná-lo mais inteligível, mas não torna a argumentação a favor da decisão majoritária mais persuasiva*".

[98] WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999.

[99] FERREIRA, Emanuel de Melo. Op. cit., p. 2.

[100] MENDES, Conrado Hübner. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Campos, 2008. Uma das provocações mais interessantes de Hubner Mendes nesse livro consiste em saber se o princípio majoritário (maioria absoluta) pode ser utilizado para oprimir minorias, justificando o controle de constitucionalidade para proteção destas minorias. Assim, ao descrever as posições de Dworkin e Waldron, quanto à quem teria o poder de dar a ultima palavra, o autor leciona: "*A revisão judicial não garante a supremacia da Constituição, mas da Corte. Ou melhor, da leitura que a Cortre faz da Constituição. Supremacia da Constituição é um ideal político substantivo. Requer que alguém o operacionalize. Deve-se pensar, então, qual instituição merece supremacia decisória, a prerrogativa de dizer a última palavra. (...) o legislador 'politizaria' direitos; o juiz, o contrário. O legislador os submeteria às instâncias da troca, da barganha, do interesse. O juiz às instâncias do princípio, do argumento racional*" (p. 184-185).

4 – Os desafios idelizados por Mark Tushnet

A tese de que a última palavra deveria ser do Legislativo – defendida pelo neozelandez Jeremy Waldron – encontrou eco nas ideias do norte-americano Mark Tushnet, autor de *Taking the Constitution away from de courts* que, numa tradução livre, significa "Tirando a Constituição dos Tribunais".

Tushnet se dedica a estudar a revisão judicial e o sistema de precedentes dos EUA. Ele se preocupa com o constitucionalismo popular, pensando também um direito não só dentro dos Tribunais, mas também fora deles. Vale dizer, em sua obra, retirar a Constituição dos Tribunais alcançaria dois sentidos:1) o de que a intepretação constitucional dada pelos Tribunais é atividade consubstanciada em seus precedentes; ou 2) o de que a interpretação sairia dos Tribunais e passaria a ser obra do Parlamento ou outro órgão estranho ao Poder Judiciário, num diálogo cooperativo em busca do melhor argumento, fundado na teoria dos diálogos institucionais[101].

Tushnet – ao lado de Kramer[102], que pensou ser do povo o poder de interpretar o sentido da Constituição – se engaja na tentativa de que os teóricos imaginem além da moldura já engendrada pelos estudiosos. Tushnet pensa um modelo em que o papel de interpretar a Constituição seja melhor distribuído que nos dias atuais. É preciso, assim, que os Tribunais Constitucionais reconheçam que eles mesmos é quem define o direito constitucional apresentado em outros espaços[103].

---

[101] NINO, Carlos Santiago. La Constitución de la Democracia Deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1996.
[102] KRAMER, Larry. The people themselves: popular constitucionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004.
[103] NETO, José Nunes de Cerqueira. O discurso de supremacia judicial e a resposta do constitucionalismo popular. In http://www.criticaconstitucional.com/o-discurso-de-supremacia-judicial-e-a-resposta-do-constitucionalismo-popular/, acesso em 30.11.14.

Sem supremacia judicial – que não se confunde com a supremacia constitucional[104] –, de fato, o Tribunal pode exercer sua autoridade. Porém, não é a palavra final que dá força ou fraqueza às suas decisões[105]. Pensar o direito fora do Tribunal equivale a permitir que as decisões judiciais expandam a possibilidade de ações e reações políticas e sociais.

O modelo do constitucionalismo popular[106] – inspirado em Tushnet – impresiona pelo fato de a Constituição não ser somente aquilo decidido pelos Tribunais. E, assim, quem critica o Poder Judiciário reivindica o retorno da supremacia parlamentar, a exemplo do que faz Jeremy Waldron quando, sofisticadamente, retrata a política parlamentar nos dias de hoje ao criar os direitos, num sistema majoritário.

Nessa toada, o poder popular – que se inspira nas lições do constitucionalismo de Mark Tushnet – promove a maior interferência da cidadania em temas públicos e um constitucionalismo mais inclusivo[107], seja ele configurado no desenho institucional para o Parlamento[108], seja para os Tribunais

---

[104] MENDES, Conrado Hübner. Op. cit., p. 184: "*A revisão judicial não garante supremnacia da Constituição, mas da Corte. Ou melhor, da leitura que a Corte faz da Constituição. Supremacia da Constituição é um ideal político substantive. Requer que alguém o operacionalize. Deve se pensar, então, qual instituição merece supremacia decisória, a prerrogativa de dizer a última palavra*".

[105] NETO, José Nunes de Cerqueira. Op. Cit.

[106] TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away* ..., p. 17: "*Start with the first set of situations, where a legislator's apparent rejection of a court's constitutional interpretation actually is not inconsistent wits constitutional interpretation actually is not inconsistent with judicial supremacy*" (p. 17). Numa tradução livre, ensina o autor que a interpretação dos legisladores e a interpretação constitucional dos Tribunais, atualmente, não é idéia inconsistente com a supremacia judicial.

[107] NETO, José Nunes de Cerqueira. Op. Cit.

[108] TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away* ..., p. 102. Ao criticar a concepção de que o Parlamento teria o poder de dizer o que é inconstitucional ou não, Tushnt ressalta a preocupação de que os legisladores defendessem seus próprios interesses, e não de seus representados. Assim descreve o autor: "*Term Limits. Something of the same difficulty can be seen if we consider of reform proposals to adopt limits on the terms legislators can serve as examples of reform proposals resting on ideas about incentive-compatibility. Proponets of term limits argue that legislators who can be reelected indefinitely become a class of professional politicians who act in their own interest rather than the public interest, and pass laws that benefit themselves while exempting themselves from laws that burden everyone else*" (p. 102).

Constitucionais[109]. Vale dizer, não só os Tribunais intrerpretam a Constituição, mas também os demais órgãos dos poderes constituídos, assim como toda a comunidade[110], de modo a proteger a cidadania[111]. Em outras palavras: também há vida constitucional fora dos Tribunais[112].

O Capítulo 8º do mencionado livro de Tushnet é dedicado ao constitucionalismo popular, destacando o autor sua justificativa filosófica e política nos princípios da Declaração universalista de direitos (tradução livre)[113]:

> Uma vantagem da Constituição fina é que ela deixa uma ampla gama aberta para resolução através de discussões políticas que deve basear, porque elas são orientadas para os princípios da Declaração. Desta forma, a Constituição fina pode nos constituir como um povo. Mas exatamente que tipo de pessoas?...(p. 185)
>
> Um crítico da idéia de direito constitucional populista pode notar um problema com isso. Eu ainda não defendo o direito constitucional populista no terreno filosófico que os direitos humanos universais são, de fato, justificado pela razão. Pelo contrário, eu tenho defendido como oferecer uma narrativa

---

[109] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.: "*Mesmo nos casos de controle de constitucionalidade em tese – isto é, de discussão acerca da validade abstrata de uma lei –, o Judiciário estaria fazendo prevalecer a vontade superior da Constituição sobre a decisão política do Legislativo*" (p. 19).

[110] HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

[111] ROSENFELD, Michel. A Identidade do Sujeito Constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

[112] TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away* ..., p. 58: "*Distorting Legislation. If legislators do pay attention to the Constitution inside the courts, they may produce unsatisfactory laws – and not merely because legislators are not conversant with recente constitutional developments*". Para Tushnet, após distinguir a Constituição forte da fraca, esclarece que, se os legisladores prestassem atenção na Constituição dentro dos Tribunais, eles talvez produzissem leis satisfatórias – e não meramente porque os legisladores não são conservadores com o recente desenvolvimento constitucional.

[113] TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away* ..., p. 185: "*One advantage of the thin Constitution is that it leaves a wide range open for resolution through principled political discussions – principled because they are oriented toward the Declaration's principles. In this way the thin Constitution may constitute us as a people. But exactly what sort of people? (...).*
A critic of the idea of populist constitutional law might note a problem with this. I have not yet defended populist constitutional law on the philosophical ground that universal human rights are indeed justified by reason. Rather, I have defended it as offering an attractive narrative of the complex history of the people of the United States: We are who we are because we are committed to the project of realizing the Declaration's principles. ... (p. 191).
Populist constitutuional law does not determine the outcomes of political controversies or dictate much about public policy. Instead, it orients us as we think about and discuss where our country ought to go." (p. 194).

> atraente da complexa história do povo dos Estados Unidos: Somos o que somos porque estamos comprometidos com o projeto de realizar os princípios da Declaração... (p. 191)
>
> Lei constitutuional populista não determina os resultados de controvérsias políticas nem dita muito sobre política pública. Em vez disso, ela nos orienta a pensar e discutir para onde o nosso país deve ir ... (p. 194)

Portanto, para Tushnet, não só os Tribunais (como pensou Ronald Dworkin) e nem exclusivamente o Legislativo (como anotou Jeremy Waldron) – mas também todos os órgãos que integram a estrutura do Estado e toda a comunidade, participativa e cooperativamente – poderiam desempenhar esse papel de intérprete da Constituição, o que ampliaria democraticamente a identidade dos sujeitos constitucionais envolvidos no dever de purificar o ordenamento jurídico, escopo do controle de constitucionalidade das leis. Com essa tarefa de ampliar a interpretação constitucional – atribuida ao Estado e à sociedade –, a própria Constituição parece ter escolhido quais os caminhos que o país, pelo seu povo, deve seguir.

5 – A confiança no futuro do constitucionalismo

O debate envolvendo a democracia e a jurisdição constitucional liminar – nos sistemas constitucionais que prevêem tais cautelares – deve ser objeto de reflexões e análise, dado o confronto que pode surgir a partir daí.

Na idéia de contramajoritarismo, há espaço para participação de todos[114] os sujeitos constitucionais[115] – poderes constituídos e sociedade –, permitindo

---

[114] TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away* ..., p. 78. Vale aqui a referência feita pelo autor ao liberalismo político religioso: "*Political liberalismo begins by noting a simple fact about modern life: We live in a world in which people disagree deeply about 'the Good', that is, about the best way for a person to live his or her life. Some o fus a duty to aid those in need, others do not; some religious people think that church and state ought to be kept rigidly apart, others do not; and so on, almost endlessly. And this disagreements are reasonable views of the Good are available to us and each will be held by some*" (p. 78).

[115] ROSENFELD, Michel. Op. cit, p. 114: "*O ideal de integrar todas as diferenças, embora inalcançável, fornece uma útil finalidade crítica que opera como um contrafactual pensado para*

ampla deliberação (como é exemplo as audiências públicas) para tomada de decisão e de escolhas adequadas, necessárias e úteis à proteção de direitos e liberdades. Disso decorre o que expressou Hübner Mendes[116]:

> Em primeiro lugar, são as razões que justificam os direitos fundamentais que não poderiam ser determinadas pela lógica majoritária. Não se defenderia direitos argumentando que eles correspondem à vontade da maioria, por isso não se harmonizaria com a exigência de universalidade. A decisão de um Tribunal que interpreta um direito não se legitimaria porque tomada pela maioria, mas pelos fundamentos de que se reveste. Mesmo assim, é natural que as decisões concretas em meio às circunstâncias da política, num Tribunal ou num Parlamento, obedeçam ao princípio majoritário.
>
> Em Segundo lugar, diferem os vínculos que cada cargo possui com o cidadão. O juiz não se sujeita a nenhum mecanismo de responsabilização ou deprestação de contas (accountability) por seu posicionamento moral particular. Tem estabilidade e está, em tese, afastado das disputas partidárias, da luta por votos.
>
> Por fim, os juízes estariam num ambiente diferente daquele do legislador, desvestidos de interesses particularistas, mais aptos a discussões imparciais de princípio (the forum of principle). O procedimento majoritário, colegiado e deliberative, num Tribunal, não se compararia com um procedimento majoritário assembleístico, no Parlamento. É esta maioria que o adjetivo 'contramajoritário' se referiria.

Esse mesmo raciocínio – de contramajoritariedade – também vale para as medidas cautelares prolatadas no exercício da jurisdição constitucional, particularmente no processo de fiscalização abstrata de normas. Elas, quando possíveis no sistema jurídico-constitucional, impactam de imediato a atividade do Estado e da comunidade, seja regulando a vida ou proibindo que a norma afastada (pela decisão que concede a liminar) não regule normativamente as ocorrências em desacordo com a Constituição.

---

nos recordar que todas as identidades constitucionais são falhas, insuficientes e sempre em constante carência de maior aperfeiçoamento e finalização".

[116] MENDES, Conrado Hubner. Op. Cit., p. 208.

Assim como o Tribunal Constitucional pode e deve concedê-las – as liminares –, constatada que a norma impugnada oferece um risco para o ordenamento constitucional, seria possível dar ao Parlamento semelhante poder para suspender, imediatamente, processos legislativos contrários à ordem constitucional, quando verificado o desconforto com princípios e valores que foram albergados pelo texto constitucionalizado.

Do contrário, seria um contrasenso[117] a responsabilidade de que a Constituição revestiu todos os poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – de defender os interesses da sociedade, dando-lhe (ao Estado) a obrigação de decidir os destinos da comunidade, de modo sempre consentâneo com o desenho estabelecido constitucionalmente.

Considerações finais

O constitucionalismo desenhado por Ronald Dwork vê, fundado na postura ética da moralidade e na comunidade de princípios, a possibilidade de o Judiciário dizer o direito constitucional controvertido, protegendo o ordenamento jurídico de atos normtivos viciados frente à Constituição.

Enquanto isso, o estudo de Jeremy Waldron mostra que é possível a opção política por um outro modelo majoritário, onde o Legislativo seria o guardião da Constituição e teria o poder institucionalizado de declarar a invalidade de atos normativos desalinhados de valores e princípios constitucionais.

Numa visão mais ampla e democrática do debate constitucional, Mark Tushnet enxerga no constitucionalismo popular os valores para a salvaguarda de

---

[117] TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism, in http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws10/w10-tushnet.pdf, acesso em 24.11.14. Nesse ensaiou sobre o constitucionalismo autoritário e liberal, o autor concluiu que a democracia liberal ou o estado autoritário equivaleria a um constitucionalismo sem autoridade: "*... without authoritarian constitutionalism would be a liberal democracy or a fully authoritarian state*" (p. 16).

interesses protegidos pela Constituição, alargando a participacção dos sujeitos que confeccionam a decisão de inconstitucionalidade.

Seja liminar ou não, a decisão de inconstitucionalidade é sempre contra-majoritária. E, assim, essas medidas – competindo ao órgão judicial ou ao órgão legislativo tomar – encontram campo fértil, na filosofia política, para seu desenvolvimento e justificativa.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO. *In* < http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>, acesso em 03.12.14;

BICKEL, Alexander. The least dangerous branch – the Supreme Court at the bar of politics. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986;

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

FERREIRA, Emanuel de Melo. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DE RONALD DWORKIN E E JEREMY WALDRON. *In* < *http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2723d092b63885e0*>, acesso em 04,12.14;

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997;

KRAMER, Larry. The people themselves: popular constitucionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004;

MENDES, Conrado Hübner. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Campos, 2008;

NETO, José Nunes de Cerqueira. O discurso de supremacia judicial e a resposta do constitucionalismo popular. In http://www.criticaconstitucional.com/o-discurso-de-supremacia-judicial-e-a-resposta-do-constitucionalismo-popular/, acesso em 30.11.14;

NINO, Carlos Santiago. La Constitución de la Democracia Deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1996;

ROSENFELD, Michel. A Identidade do Sujeito Constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003;

SILVA, Dirlene Gregório Pires da. A ampliação do controle de constitucionalidade difuso na perspectiva de Ronald Dworkin: o juiz Hércules em defesa de uma comunidade fundada em princípios. In < http://jus.com.br/artigos/23271/a-ampliacao-do-controle-de-constitucionalidade-difuso-na-perspectiva-de-ronald-dworkin/2?utm_campaign=boletim-diario_2012-12-23&utm_content=titulo&utm_medium=newsletter&utm_source=boletim-diario>, acesso em 28.11.14;

SOARES, Natália Lourenço. UMA RELAÇÃO ENTRE O TIPO IDEAL DE LEGISLAÇÃO DE JEREMY WALDRON E O JUIZ – modelo Hércules de Ronald Dworkin. In <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/politica_natalia_soares.pdf> , acesso em 26.11.14;

TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism, *in* http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws10/w10-tushnet.pdf, acesso em 24.11.14;

______. Taking the constitution away from the courts. Princeton: Princeton University Press, 1999;

WALDRON, Jeremy. A dignidade da Legislação. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

______.Law and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999;

CAPÍTULO 5

A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA O JULGAMENTO DAS AÇÕES IMPUGNATIVAS DE ATOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Hugo Moreira Lima Sauaia[118]

RESUMO: Este artigo discute o problema da competência jurisdicional para a revisão dos atos do Conselho Nacional de Justiça. Aborda-se inicialmente a figura do próprio Conselho diante do que dispõe a Constituição Federal emenda de 1988, bem como os precedentes já existentes do Supremo Tribunal Federal. Em seguida discorre-se sobre o direito fundamental à inafastabilidade da prestação jurisdicional, e os conceitos de jurisdição e competência. Ao final aborda-se diretamente a problemática da interpretação constitucional sobre a competência para revisão dos atos do Conselho Nacional de Justiça, apontando-se divergências e opinando-se pela interpretação mais adequada segundo os critérios interpretativos utilizados.

PALAVRAS-CHAVE: CONSELHO – CONSTITUIÇÃO – JURISDIÇÃO-COMPETÊNCIA

ABSTRACT: This paper discusses the problem of jurisdictional competence to revise the acts of the National Justice Counsel. Initially it analyzes the National Justice Counsel accordingly to what is defined in the constitution of 1988 and its amendments, and the precedents of the Federal Supreme Tribunal. Furthermore, it exposes the fundamental right to jurisdiction access and the concepts of jurisdiction and competence. At the end it approaches directly the problem of constitutional interpretation about the competence to revise the acts of the National Justice Counsel, appointing divergences and the most adequate interpretation accordingly to the used criteria.

KEYWORD: COUNSEL – CONSTITUTION – JURISDICTION - COMPETENCE

INTRODUÇÃO

---

[118] Advogado em São Luís – MA e Brasília - DF, aluno do Mestrado Acadêmico em Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público. Membro do grupo de pesquisa e estudos Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania (IDP).

A criação do Conselho Nacional de Justiça, por meio de emenda constitucional, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, inovou na estrutura administrativa, organizacional e disciplinar deste que tem sido reputado como o Poder menos transparente da república.

Estabeleceu-se um amplo raio de prerrogativas que têm o condão de interferir na atividade de toda a estrutura judiciária, seja em sua autonomia financeira, na realização de concursos, no julgamento de processos administrativo-disciplinares, ou na definição de óbices a contratações. Implementou-se, em verdade, uma nova realidade administrativa.

Tantas atribuições não poderiam deixar de se sujeitar ao controle jurisdicional, como exigência inarredável da possibilidade de controle judicial dos atos da administração pública, corolário da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

O presente trabalho visa discutir o problema da competência jurisdicional para julgar as ações que objetivem exatamente a revisão de atos praticados pelo Conselho Nacional de Justiça. Examina-se assim, primeiramente, o próprio Conselho, especialmente como definido estruturalmente na Carta Magna e por intermédio dos precedentes já existentes do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, prossegue-se abordando o princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, e as definições de jurisdição e competência, para somente então adentrar-se a parcela final do trabalho, abordando-se diretamente as controvérsias sobre a definição desta competência, em busca da compreensão que melhor se adeque à sistemática constitucional brasileira.

Objetivos

O objetivo genérico do presente trabalho se encontra bem definido, trata-se de demonstrar de forma argumentativa qual a melhor for de se

compreender a norma constitucional do art.102, inciso I, alínea "r" da Constituição Federal, quanto à competência jurisdicional para o julgamento de demandas que visem a impugnação de atos do Conselho Nacional de Justiça.

Os objetivos específicos serão: a) analisar a estrutura constitucional do Conselho Nacional de Justiça consoante o texto constitucional e os precedentes já existentes do Supremo Tribunal Federal; b) discutir as noções relativas ao direito à inafastabilidade da prestação jurisdicional, jurisdição e competência; c) apontar as correntes divergentes sobre a competência jurisdicional para impugnação dos atos do Conselho Nacional de Justiça e opinar pela interpretação constitucionalmente mais adequada.

Conselho Nacional de Justiça: definição constitucional e balizamentos pelo Supremo Tribunal Federal

Acompanhando ampla tendência mundial, em especial na América Latina por influência espanhola de criação do "Consejo General Del Poder Judicial", fora instituído no Brasil, com o advento das Emendas à Constituição Federal de n.º 45/2004 e 61/2009, o Conselho Nacional de Justiça, inscrito no art.103-B, ao final do capítulo concernente ao Poder Judiciário.[119]

Ao órgão, composto por membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e por cidadãos indicados pelas duas casas do Congresso Nacional, incumbiria a relevante tarefa de exercer o "controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes", cabendo-lhe uma série de atribuições, inclusive a de "receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário", nos termos da redação do §4º, inciso III.[120]

---

[119] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.994.
[120] BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2013.

Elucidou o Supremo Tribunal Federal a sua natureza de órgão federal de controle interno do Judiciário, não se tratando assim de controle externo ou político, submetidos seus atos ao controle daquela Corte, por meio de competência jurisdicional, nos termos do art.102, inciso I, alínea "r" da Constituição Federal.[121]

Restaria assim suprida por meio da criação deste órgão administrativo - conduzido pelo Poder Judiciário - a necessidade sociopolítica da existência de um órgão nacional de controle, que resguardando a autonomia do Poder, fortalecesse a sua unicidade e contribuísse para sua supervisão administrativa e disciplinar.[122]

Em alguns julgados teve o STF a oportunidade de balizar a atuação do CNJ, compreendendo que sua presidência sempre será exercida, de forma exclusiva e indelegável, pelo presidente do STF, e na sua ausência pelo vice-presidente do STF[123]. Aclarou-se igualmente a competência originária e administrativa do CNJ, quanto ao objeto de sua atuação, nos limites constitucionais, e excluídos de sua competência o próprio STF e seus ministros[124].

---

121 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direita de Inconstitucionalidade N.º3367. Rel. Min. Cesar Peluzo. Brasília, DF, 17 de março de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/Paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 12/05/2014.

122 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, cit. p. 999.

123BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º28.003. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de maio de 2012. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199690>. Acesso em: 12/05/2014.

124 Esclarecedor o voto do Min. Luiz Fux no MS 28.003: "A competência do CNJ não se revela subsidiária. Ressalva do redator do acórdão no sentido de que o STF, por força do princípio da unidade da Constituição e como guardião da Carta Federal, não pode desconsiderar a autoridade do CNJ e a autonomia dos tribunais, por isso que a conciliação possível, tendo em vista a atividade correcional de ambas as instituições, resulta na competência originária do órgão, que pode ser exercida de acordo com os seguintes termos e parâmetros apresentados de forma exemplificativa: a) comprovação da inércia do tribunal local quanto ao exercício de sua competência disciplinar. Nesse contexto, o CNJ pode fixar prazo não inferior ao legalmente previsto de 140 dias [60 dias (art. 152 da Lei 8.112) + 60 dias (art. 152 da Lei 8.112, que admite prorrogação de prazo para a conclusão do PAD) + 20 dias (prazo para o administrador competente decidir o PAD, ex vi do art. 167 da Lei 8.112)] para que as corregedorias locais apurem fatos que cheguem ao conhecimento do órgão, avocando os feitos em caso de descumprimento imotivado do lapso temporal; sem prejuízo da apuração de responsabilidade do órgão correcional local; b) demora irrazoável na condução, pelo tribunal local, de processo administrativo com risco de prescrição; c) falta de quórum para deliberação, por suspeição, impedimentos ou vagas de magistrados do tribunal; d) simulação quanto ao exercício da competência correicional pelo Poder Judiciário local; e) prova da

Julgada sua incompetência para impor a tribunais a abstenção quanto ao cumprimento de dispositivos de lei alegadamente inconstitucionais[125], negou-se ainda validade à decisão daquele órgão que intente obstar ou reexaminar decisão jurisdicional, por ausência de legitimidade jurídico-constitucional.[126]

Reiterou-se a incompetência do CNJ para o exercício de controle de constitucionalidade dos atos administrativos - estando limitado seu exame à legalidade[127] - esclarecendo-se ainda a sua competência para a uniformização das regras referentes aos procedimentos administrativos disciplinares aplicáveis aos juízes.[128]

---

incapacidade de atuação dos órgãos locais por falta de condições de independência, hipóteses nas quais é lícita a inauguração de procedimento pelo referido Conselho ou a avocação do processo; f) a iminência de prescrição de punições aplicáveis pelas corregedorias no âmbito de suas atribuições autoriza o CNJ a iniciar ou avocar processos; g) qualquer situação genérica avaliada motivadamente pelo CNJ que indique a impossibilidade de apuração dos fatos pelas corregedorias autoriza a imediata avocação dos processos pelo CNJ; h) arquivado qualquer procedimento, disciplinar ou não, da competência das corregedorias, é lícito ao CNJ desarquivá-los e prosseguir na apuração dos fatos; i) havendo conflito de interesses nos tribunais que alcancem dimensão que torne o órgão colegiado local impossibilitado de decidir, conforme avaliação motivada do próprio CNJ, poderá o mesmo avocar ou processar originariamente o feito; j) os procedimentos disciplinares iniciados nas corregedorias e nos tribunais locais deverão ser comunicados ao CNJ dentro do prazo razoável de trinta dias para acompanhamento e avaliação acerca da avocação prevista nas alíneas antecedentes; k) as regras acima não se aplicam aos processos já iniciados, aos em curso e aos extintos no CNJ na data deste julgamento; l) as decisões judiciais pretéritas não são alcançadas pelos parâmetros acima. O instituto da translatio judicii, que realça com clareza solar o princípio da instrumentalidade do processo, viabiliza o aproveitamento dos atos processuais praticados no âmbito do CNJ pelo órgão correicional local competente para decidir a matéria. Denegação da segurança, mantendo-se a decisão do CNJ com o aproveitamento de todas as provas já produzidas." BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º28.003. Op. Cit.

[125]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º32.582. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 31 de fevereiro de 2014. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

[126]Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º28.611-MC-AgR. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 14 de maio de 2010. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º29.744-AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

[127]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º28.141. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 31 de fevereiro de 2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

[128]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º4.638-REF-MC. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2012. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

Por fim, deliberou o STF que apesar da do disposto no art.103-B, §6º da CF, quanto à atuação do Procurador Geral da República e do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil junto ao CNJ, que suas ausências às sessões não implicarão em nulidade das mesmas.[129]

O controle jurisdicional dos atos do Conselho Nacional de Justiça: a inafastabilidade da prestação jurisdicional e a divisão de tarefas por meio da competência.

Diante da ampla competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça para a edição de atos administrativos de diversas naturezas, estão estes atos suscetíveis, especialmente por exigência do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, nos termos do art.5º, inciso XXXV da Carta Magna, de impugnação por meio de ação judicial:

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.[130]

Importante destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes já reiterou a invalidade de ato ou comando do CNJ que pretenda suspender os efeitos de decisão judicial, mormente em razão de sua natureza de órgão administrativo. Dito de outra forma, reconheceu o STF a *prevalência da jurisdição* sobre qualquer ato daquele órgão, que apesar de compor a estrutura do Poder, não exerce jurisdição:

---

[129] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º25.879. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 312 de maio de 2014. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

[130] MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1o à 5o da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998, p. 197.

> O CNJ, embora integrando a estrutura constitucional do Poder Judiciário como órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura – excluídos, no entanto, do alcance de referida competência, o próprio STF e seus ministros (ADI 3.367/DF) –, qualifica-se como instituição de caráter eminentemente administrativo, não dispondo de atribuições funcionais que lhe permitam, quer colegialmente, quer mediante atuação monocrática de seus conselheiros ou, ainda, do corregedor nacional de justiça, fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e tribunais em geral, razão pela qual se mostra arbitrária e destituída de legitimidade jurídico-constitucional a deliberação do corregedor nacional de justiça que, agindo ultra vires, paralise a eficácia de decisão que tenha concedido mandado de segurança. [131]

Será permitido assim, ao sujeito lesado ou sob ameaça de lesão a direito, exercer o direito constitucional de ação, por meio do qual obterá acesso à jurisdição. Esta por sua vez não prescinde da definição prévia da competência, ou seja, do órgão jurisdicional – juiz singular ou tribunal - que terá a competência para julgar a demanda. Na clássica lição de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra:

> Jurisdição é poder, função e atividade: "(...) é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo (...) a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade.[132]

---

[131] Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 28.611-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 1º-4-2011. No mesmo sentido: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 29.744-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-6-2011, Plenário, DJE de 4-10-2011; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 27.148-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-5-2011, Plenário, DJE de 25-5-2011; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 28.598-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 9-2-2011; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 28.174-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 18-11-2010; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 27.708, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-10-2009, Plenário, DJE de 21-5-2010.

[132] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129-130.

Sendo una e indivisível a jurisdição de um país - enquanto expressão de um poder do Estado - poderá ser exercida por todos os órgãos jurisdicionais que componham o Poder Judiciário. Diante disto, e da exigência prática da necessária divisão de tarefas - por ser materialmente impossível o exercício simultâneo da jurisdição em todas as suas esferas por qualquer órgão - se estabelece a noção de competência, sendo esta a determinação constitucional e legal dos limites do exercício da jurisdição, incumbindo a cada juiz singular ou tribunal exercê-la dentro de certos parâmetros.[133]

Constata-se em seguida, definidas estas premissas, que é a própria Constituição de 1988 que estabelece ser de competência do Supremo Tribunal Federal as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público, sendo esta a redação do art.101, inciso I, alínea "r".[134]

Resta, porém, definir qual seria a extensão desta competência, e qual a melhor compreensão do texto constitucional ao mencionar este as ações ajuizadas contra o CNJ, ente este financiado com recursos da União, mas que não detém personalidade jurídica própria.

Parece ser esta a lição clássica da doutrina, representada, por exemplo, por Hely Lopes Meireles, para quem "os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria"[135], Diógenes Gasparini: "os órgãos públicos não são pessoas, mas centros de competências criados pelo Direito Público. Ademais, são parte ou componentes da estrutura do Estado e por isso dele não se distinguem"[136]. Ou ainda, por Maria Zanella Di Pietro, que defende que o órgão pode ser definido

---

[133] PIZZOL, Patricia Miranda. A competência no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.119.
[134] BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/04/2014.
[135] MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 68.
[136] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47

como “uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado”[137]

Sendo assim, inicialmente, com sustento nestas autorizadas opiniões, eventual ação proposta contra ato do Conselho Nacional de Justiça deveria ser ajuizada diretamente contra a União, exceto quando possível a impugnação de ato da autoridade coatora, nos moldes das ações constitucionais de mandado de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, em virtude, enfatiza-se, da ausência de personalidade jurídica do órgão.

Da mesma forma, o juízo competente para o processamento e julgamento destas demandas aparentemente seria o Supremo Tribunal Federal, conforme o dispositivo constitucional mencionado, porém, a interpretação do que efetivamente seria o significado da norma constitucional, ao definir o seu texto que as ações ajuizadas contra o CNJ seriam de competência do STF tem gerado significativas divergências, declinando com frequência este último a sua competência, e remetendo os autos à Justiça Federal de primeira instância.

O problema da competência das ações propostas contra ato do Conselho Nacional de Justiça: em busca da interpretação constitucionalmente mais adequada.

A partir da redação do art.101, inciso I, alínea “r”, da Constituição de 1988, seriam possíveis três interpretações do texto constitucional. [138]

A primeira, mais restritiva, compreenderia que seriam de competência do Supremo Tribunal Federal apenas aquelas ações onde fosse possível ao Conselho Nacional de Justiça enquanto órgão, e não à pessoa jurídica à qual se

---

[137] DI PIETRO, Maria Zanella. Direito Administrativo, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 494.
[138] “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:[...] r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;” BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/04/2014.

encontra vinculado, figurar no pólo passivo da demanda. Estaríamos falando assim daquelas ações constitucionais de mandado de segurança, habeas corpus, habeas data e mandado de injunção, excluindo-se a ação popular, a ação civil pública ou qualquer ação de procedimento ordinário ou sumário originária.

A segunda, mais ampla que a primeira, compreenderia ser de competência do Supremo Tribunal Federal quaisquer ações que objetivassem a impugnação de atos praticados pelo Conselho Nacional de Justiça, não reconhecendo a legitimidade deste órgão para figurar no pólo passivo das demandas, mas reconhecendo a competência do STF para aquelas demandas onde visando a impugnação de ato do CNJ fosse indicada a União como parte legitima *ad causam*.

A terceira compreensão possível, a mais ampla de todas, reconheceria ao STF a competência para o julgamento de todas as demandas que objetivassem a impugnação de atos praticados pelo CNJ, inclusive reconhecendo a legitimidade passiva do CNJ, ou seja, desconstruindo por força da norma constitucional, a ilegitimidade passiva deste, sob o argumento, inclusive, de que em dados momentos seria possível conceber – pelas outras interpretações mais restritivas - ações onde a própria União tivesse interesse de desconstituir ato praticado pelo CNJ, quando teríamos a absurda situação da União figurar nos pólos ativo e passivo da demanda.

A concepção mais restritiva tem sido a compreensão do STF, que adotando precedentes defensivos anteriores, já vinha compreendendo a existência de regime de direito estrito, ao qual se submeteria a definição da competência institucional do Supremo Tribunal Federal, por efeito de suposta taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional - tais como ações populares, mesmo que instauradas contra o Presidente da República, ou contra o Presidente da Câmara dos Deputados, ou, ainda, contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, alíneas “b” e “c”), dispõem de prerrogativa de foro

perante aquela Corte ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à sua jurisdição imediata.

Como salientou a Min. Rosa Weber, em recente julgado[139]:

> Essa orientação jurisprudencial, por sua vez, tem o beneplácito de autorizados doutrinadores (ALEXANDRE DE MORAES, 'Direito Constitucional', p. 180, item n. 7.8, 6ª ed., 1999, Atlas; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, 'Ação Popular', p. 129/130, 1994, RT; HELY LOPES MEIRELLES, 'Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, 'Habeas Data'', p. 122, 19ª ed., atualizada por Arnoldo Wald, 1998, Malheiros; HUGO NIGRO MAZZILLI, 'O Inquérito Civil', p. 83/84, 1999, Saraiva; MARCELO FIGUEIREDO, "Probidade Administrativa", p. 91, 3ª ed., 1998, Malheiros, v.g.), cujo magistério também assinala não se incluir, na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, o poder de processar e julgar causas de natureza civil não referidas no texto da Constituição, ainda que promovidas contra agentes públicos a quem se outorgou, "ratione muneris", prerrogativa de foro em sede de persecução penal, ou ajuizadas contra órgãos estatais ou autoridades públicas que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitos à jurisdição imediata do Supremo Tribunal Federal.
>
> A 'ratio' subjacente a esse entendimento, que acentua o caráter absolutamente estrito da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, vincula-se à necessidade de inibir indevidas ampliações descaracterizadoras da esfera de atribuições institucionais desta Suprema Corte, conforme ressaltou, a propósito do tema em questão, em voto vencedor, o saudoso Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA (RTJ 39/56-59, 57).

Esta interpretação parece ter o mérito de tentar preservar a missão constitucional do Supremo Tribunal Federal, pondo em destaque a impossibilidade da expansão destas competências, por exigência prática, de assoberbamento daquela Corte, concentrando ali as demandas diretamente relacionadas à jurisdição constitucional e ao seu papel de intérprete da Constituição Federal.

---

[139]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Originária N.º1718-DF. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 30 de março de 2012. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21815193/acao-originaria-ao-1718-df-stf>. Acesso em: 12/05/2014.

As demandas que excepcionalmente merecessem acesso imediato à jurisdição do STF estariam assim definidas em rol taxativo pela própria Carta, em número restrito, atentando-se para o fato, acima mencionado, que o CNJ enquanto órgão, não deteria legitimidade para figurar no pólo passivo (sendo representado pela União) exceto naqueles procedimentos específicos onde isto seja constitucionalmente admitido, como nos *writs*:

> Ações contra os Conselhos de Justiça e do Ministério Público. Matéria inserida pela Emenda Constitucional 45/2004 com o acréscimo da alínea 'r' ao inciso I do artigo em comentário, pela qual se dá competência originária ao STF para processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público. Essa competência assim estendida às ações em geral (civis, comerciais, administrativas) cria algumas dificuldades, porque esses Conselhos não têm personalidade jurídica para serem sujeitos de direito e obrigações, para serem partes de relação jurídica processual. Quem responde por órgãos federais, como é o caso, perante a jurisdição, é a União; portanto, as ações, em tais casos, são contra ela, e não contra os órgãos, e a competência para o processo é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I. O que esses Conselhos têm é personalidade judiciária, porque seus atos podem dar ensejo ao mandado de segurança, 'habeas corpus' e, possivelmente, 'habeas data'. O certo, pois, teria sido incluí-los no contexto da alínea 'd' do inciso I do artigo'.[140]

A segunda corrente tem sido adotada a partir de leitura do texto constitucional, de modo a compreender que onde está escrito ações contra o Conselho Nacional de Justiça a norma a se extrair seria a de qualquer ação que objetivasse a impugnação de ato do CNJ seria de competência do STF, conforme se verifica da decisão do Juiz Federal Substituto da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Paulo Ricardo de Sousa Cruz[141]:

> Em breve síntese, alega que o CNJ inovou ilegalmente a ordem jurídica ao determinar a glosa de encargos trabalhistas de valores a

---

[140] DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563-564.

[141] CRUZ, Paulo Ricardo do Sousa apud BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Originária N.º1718-DF. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 30 de março de 2012. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21815193/acao-originaria-ao-1718-df-stf>. Acesso em: 12/05/2014.

> serem pagos aos contratados, contrariando os artigos 56 e 71 da Lei nº 8.666/93 e o artigo 5º, II, da Constituição.
>
> Inicial às fls. 03/30, com documentos.
>
> Decido.
>
> A teor da alínea "r" do inciso I do artigo 102, é da competência originária do Supremo Tribunal o julgamento das ações contra o Conselho Nacional de Justiça.
>
> Como a **presente ação pretende afastar norma do CNJ** que determina que, ao efetuarem o pagamento às empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, os tribunais e os conselhos do Poder Judiciário glosem as provisões de encargos trabalhistas relativas a férias, 13º salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, a ação enquadra-se no referido dispositivo constitucional.
>
> Assim sendo, DECLINO DA COMPETÊNCIA para o processamento e julgamento da ação em favor do egrégio Supremo Tribunal Federal. (grifos nossos)

Acredita-se, no entanto, que esta compreensão do texto constitucional ignora o papel e a missão do Supremo Tribunal Federal, de guarda precípua da constituição (art.101, caput), ao atribuir à Corte uma missão demasiadamente extensa, que de forma mais eficiente e célere (em atenção a imperativos constitucionais respectivos: art.5º, inciso LXXVII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a *celeridade* de sua tramitação; art.37, caput - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte: [...], ambos da Carta Magna) poderia ser atribuída a outras instâncias do Poder Judiciário.

Não bastasse a limitada dimensão da Excelsa Corte, composta por 11 ministros somente, para um contingente de milhões de processos provenientes de todos os rincões deste país de extensão continental, querer atribuir a ela a ingrata missão de processar e julgar qualquer ação que objetive a discussão de matéria decidida pelo CNJ (o qual por sua vez é dotado de ampla competência), seria ignorar a sua função na estrutura constitucional, e retirar dos juízos de primeira

instância (estes sim aptos a promover audiências, deliberar sobre provas etc..) e das Cortes Federais (TRFs e mesmo o STJ dentro dos limites por sua vez de acesso a esta jurisdição especial) os seus papeis, subvertendo de forma incoerente a lógica processual e recursal sem qualquer justificativa constitucionalmente aceitável.

O STF já ocupa hoje funções que na maioria das democracias contemporâneas estão divididas entre ao menos três diferentes tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados para o julgamento de ações específicas contra membros dos poderes da república e como corte recursal de última instância.[142] Observe-se que no Brasil é admissível inclusive Recurso Extraordinário de decisão de Turmas Recursais que julgam em segunda instância processos de pequena complexidade de Juizados Especiais de todo o país, exemplo este, que demonstra a largueza e a amplitude exacerbada das competências desta Corte.[143]

A última posição, a mais ampla de todas, tem como defensor Lenio Luiz Streck, para quem a compreensão do STF, restringindo a sua própria competência, quando o texto constitucional afirma que as decisões contra o CNJ serão de sua competência, estariam em dissonância com a norma constitucional, por fundamentos que podem ser sintetizados em três argumentos principais.

---

[142] DIÁLOGO JUDICIAL BRASIL-ESTADOS UNIDOS – 2011 (2011 – US-BRAZIL JUDICIAL DIALOGUE), 1., 2011, Washington. Constituição, Direitos Fundamentais e Democracia: o papel das supremas cortes. Brasília: Portal Stf, 2011. 3 p. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_CP.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

[143] "RECLAMAÇÃO – JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS – RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO – AGRAVO DE INSTRUMENTO OBSTADO NA ORIGEM – INTERCEPTAÇÃO INADMISSÍVEL (CPC, ART. 528) – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF – Cabe recurso extraordinário das decisões que, emanadas do órgão colegiado a que se refere a Lei nº 7.244/84 (art. 41, § 1º), resolvem controvérsia constitucional suscitada em processo instaurado perante o Juizado Especial de Pequenas Causas. – Denegado o recurso extraordinário em procedimento sujeito ao Juizado Especial de Pequenas Causas, caber agravo de instrumento, no prazo legal, para o STF, não sendo lícito ao Juiz negar trânsito a esse recurso que, sendo de seguimento obrigatório (CPC, art. 528), não pode ter o seu processamento obstado. – Cabe reclamação para o STF quando a autoridade judiciária intercepta o acesso à Suprema Corte de agravo de instrumento interposto contra decisão que negou trânsito a recurso extraordinário." BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RCL 459-7 - Goiás, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 08.04.1994.

Afirma o autor que a interpretação limitativa extrapolaria os limites semânticos do texto constitucional e se oporia à redação das alíneas “d”, “i” e “q”, do mesmo art.102 da Constituição Federal:

> Mas, como isso é possível, hermeneuticamente falando? Eis a questão. A começar: o que fazer com as alíneas "d", "i" e "q" do mesmo artigo, que tem redação explícita sobre quais ações cabem? Ou seja, se o constituinte quisesse restringir as ações contra o CNJ, o teria feito como nas demais alíneas. Trata-se, aqui, daquilo sobre o qual venho escrevendo de há muito: os limites semânticos da Constituição não estão sendo respeitados[...][144]

O segundo argumento do autor afirma que seria incorreto se considerar que em razão de não deter o CNJ personalidade jurídica própria não possa figurar no pólo passivo das demais demandas, como seria compreensível do sentido do texto constitucional. Afirma ser incoerente admitir que em ação onde a União impugnasse ato do CNJ fosse esta obrigada a ajuizar absurdamente ação contra ela própria:

> Para tais casos, entendeu a Suprema Corte que o CNJ, “por ser órgão não personificado, define-se como simples ‘parte formal’, revestido de mera ‘personalidade judiciária’, achando-se investido, por efeito de tal condição, da capacidade de ser parte, circunstância essa que plenamente legitima a sua participação em mencionadas causas mandamentais”.
>
> Ou seja, tratando-se de ações originárias que tem como sujeito passivo o CNJ (como no caso da Ação Ordinária sob comento, mas existem outras ações), entende o Supremo que não se configura a sua competência originária. Para ele, nas hipóteses não compreendidas no artigo 102, inciso I, alíneas ‘d’ e ‘q’, da Constituição, a legitimação passiva ‘ad causam’ referir-se-á, exclusivamente, à União Federal, pelo fato de as deliberações do Conselho Nacional de Justiça serem juridicamente imputáveis à própria União Federal, que é o ente de direito público em cuja estrutura institucional se acha integrado o CNJ.
>
> Refira-se que esse entendimento que não reconhece a competência originária do STF para processar e julgar ações ajuizadas contra o CNJ — exceto os casos do artigo 102, alíneas ‘d’ e ‘q’ — e, portanto, torna competente para processar e julgar as demais causas a justiça

---

[144] STRECK, Lenio Luiz. Doutrina: direito ou dever de apontar os erros do STF? 2014. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-24/senso-incomum-doutrina-direito-ou-dever-apontar-erros-stf>. Acesso em: 24 abr. 2014.

> federal comum, tem sido reafirmado em outros julgamentos do próprio Supremo.
>
> Pergunto: Seria a União contra a União? Por certo, há sobejadas razões de ordem pragmática que conduzam a esse entendimento do STF. Mas não é disso que se trata. Na verdade, como demonstrarei a seguir, está em jogo algo maior, que a força normativa da Constituição.[145]

Por fim, argumenta o autor que seria inadequada a interpretação, em razão do paradoxo de permitir que juízes de primeiro grau julguem decisões de um órgão que ocuparia posição superior na estrutura hierárquica. O fiscalizador estaria sendo julgado pelo fiscalizado:

> Mas, ainda não estou satisfeito. Veja-se o surrealismo que isso acima relatado gera: ao invés de entrar com Mandado de Segurança contra o CNJ, o interessado entra com Ação Ordinária, que estaria na competência da Justiça Federal de primeiro grau, segundo esse entendimento do STF. Daí o paradoxo (e paradoxos são coisas das quais não se pode sair): o CNJ que é órgão de cúpula, julga até ministros do STJ e, a vingar a tese do STF, tem seus atos sujeitos à fiscalização de juiz de primeiro grau! E aí vem a consequência: o fiscalizador é julgado pelo fiscalizado.
>
> Imaginemos a decisão do Corregedor Geral de Justiça — que é Ministro do STJ — que foi referendada pelo Plenário do CNJ e que determina o afastamento de um presidente de Tribunal de Justiça por improbidade ou ainda o caso de um Tribunal da Federação — no caso, o do Paraná — em que o CNJ proibiu o referido TJ de repassar o dinheiro dos fundos depositados para o Governo do Estado. A jurisdição é do primeiro grau?[146]

Prosseguindo-se com a análise da terceira opinião, constatamos inicialmente o que nos parece ser a irrazoabilidade do primeiro argumento, uma vez que uma eventual interpretação limitativa da alínea “r” não nos parece que

---

[145] Ibis. Idem.
[146] Ibis. Idem.

estaria em dissonância com as normas extraídas da interpretação das alíneas “d”, “i” e “q”, do mesmo art.102 da Constituição Federal.[147]

A razão é simples, as competências do STF regidas por estas alíneas simplesmente restam imodificadas, e se verifica que inexiste qualquer menção ao CNJ. O *habeas corpus* quando paciente qualquer das pessoas referidas na alínea anterior (“c”) permanecerá de competência do STF; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos daqueles sujeitos ali indicados permanecerá de competência do STF, logo, não há divergências como faz crer o autor. Por sua vez, o *habeas corpus* nas hipóteses da alínea “i” permanece com sua competência imodificada, e de igual forma o mandado de injunção nas hipóteses da alínea “q” do mesmo artigo.

O segundo argumento do autor é mais sério, salienta este que seria absurdo que a União, em situações onde houvesse interesse desta em buscar o controle jurisdicional sobre ato praticado pelo CNJ, ajuizasse ação contra ela própria, uma vez que na compreensão do STF o CNJ seria parte nitidamente ilegítima para figurar no pólo passivo. Indaga-se assim, poderia a União figurar nos pólos ativo e passivo de uma demanda onde buscasse reverter em juízo decisão do CNJ?

A questão não é nova, são diversas as circunstâncias onde possivelmente órgãos específicos teriam em dada circunstância interesses divergentes das pessoas jurídicas que as mantém (como Câmaras Municipais e Prefeituras, ou Tribunal Estadual e o Poder Executivo Estadual). A saída encontrada pela doutrina tem sido permitir que esses órgãos, nesses momentos de conflito, onde o interesse não seja meramente patrimonial, ingressem em juízo – sob pena de ofensa ao direito fundamental de ação e inafastabilidade do Poder Judiciário – acobertadas pelo manto de uma espécie de personalidade jurídica provisória ou judiciária, a qual autorizaria, por ficção jurídica, o manejo da ação judicial adequada:

---

[147] PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/04/2014.

> Por tudo isso, seria de perguntar-se: qual a solução a ser adotada no caso desses conflitos?
>
> Uma solução deve ser de logo afastada: a de admitir que a pessoa jurídica a que pertença o órgão figure no pólo da relação processual. E a razão é simples, a se admitir tal solução, a mesma pessoa figuraria como autora e como ré no processo. É o caso em que a Câmara Municipal tem litígio com o Poder Executivo. Como ambos os órgãos pertencem ao mesmo Município, a ação seria movida por ele contra ele próprio. Logicamente isso beira ao absurdo.
>
> Para não deixar os órgãos desprovidos de mecanismos de defesa contra ofensa de seus direitos ou invasão de sua competência, doutrina e jurisprudência têm assentado a solução de admitir que o órgão seja considerado como parte no processo, defendendo direito próprio contra o órgão que entende ser responsável pela ofensa. Em outras palavras: cada órgão, embora desprovido de personalidade jurídica própria estaria dotado de personalidade jurídica judiciária, sendo, portanto, capaz de, por si mesmo, postular e defender-se em juízo.[148]

A solução comumente utilizada nos parece ter o mérito de viabilizar o acesso à justiça, concedendo a estes órgãos, como o próprio CNJ, personalidade especial, judiciária, para ser demandado ou demandar em juízo quando da existência de conflito com a pessoa jurídica de direito público à qual está vinculado. Resolve ainda o problema apontado por Lenio Luiz Streck, sem, todavia, resolver algumas questões de ordem prática e que podem comprometer a qualidade desta representação.

Nessas circunstâncias, por exemplo, de conflito ente o CNJ e a União, aquele dependeria de assessoria jurídica específica, que obviamente não poderia ser a própria Advocacia Geral da União, sob pena de possível comprometimento de parcialidade do procurador, em virtude de sua vinculação com os quadros da União, ainda que por algum ato administrativo fosse a ele assegurada a autonomia para atuar em referida demanda em defesa do CNJ.

---

[148] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade Judiciária de Órgãos Públicos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Bahia, v. 1, n. 11, p.1-10, set. 2007. Trimestral. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/ >. Acesso em: 13 maio 2014.

Acredita-se que nessas circunstâncias deva haver contratação de assessoria jurídica específica para a defesa do órgão – estando ele em situação ativa ou passiva – ou devem estes órgãos atribuir a defesa de tais demandas a assessorias jurídicas permanentes, contratadas, obviamente, por meio de concurso público, o que geralmente é o caso das Câmaras Municipais e Assembléias Legislativas.

Em seu último argumento, quanto ao possível paradoxo de ser o CNJ órgão de cúpula do Poder Judiciária Brasileiro, e ao mesmo tempo poder ter seus atos revistos por decisão de primeira instância, aduz o autor que o controlador estaria sendo julgado pelo controlado nesses momentos.

Entende-se diferentemente, e o motivo é a independência entre as esferas administrativa e jurisdicional, de forma que seria perfeitamente legítimo à primeira instância da Justiça Federal (visto o interesse da União, por ser o CNJ a ela vinculado diretamente) processar e julgar ação que objetivasse a discussão da legalidade da decisão, sem qualquer subversão à lógica processual, admitindo-se, portanto, o duplo grau de jurisdição a ambas as partes, bem como um possível acesso às vias extraordinárias – inclusive ao STF - e por fim, nos limites do re-exame do ato administrativo, como salienta a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça:

> MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ILEGALIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NÃO COMPROVAÇÃO. INDEFERIMENTO PRODUÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA.
>
> I - Apenas se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos, sendo aplicável o princípio do pas de nullité sans grief.
>
> II - A comissão processante pode indeferir motivadamente o pedido de produção de prova quando o conjunto probatório se mostrar suficiente para a comprovação dos fatos, sem que isso implique cerceamento de defesa.

> III - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade.
>
> Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese.
>
> IV - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.
>
> V - O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade. (grifos nossos)
>
> VI - Segurança denegada.[149]

Há um último argumento que precisa ser debatido antes de se caminhar para a conclusão final: argumenta-se que em determinadas lides possivelmente o juiz de primeira instância estivesse submetido a pressão de tal ordem que isto comprometeria a sua independência como julgador. É o caso citado pelo autor, onde decisão do CNJ interferisse, por exemplo, em decisão institucional do tribunal ao qual o magistrado está vinculado. Suponhamos, v.g., que o CNJ retire os efeitos de decisão administrativa do TRF (a transferência de fundos ou qualquer outra decisão de grave relevância nos interesses do tribunal) ao qual o juiz federal de primeira instância esteja vinculado, decisão esta – do CNJ – que provavelmente comprometeria inclusive o próprio TRF como instância julgadora, indaga-se, como proceder?

A resposta não é difícil, uma vez que prevista na Constituição Federal, art.101, inciso I, alínea “n”, ou seja, serão de competência do STF aquelas

---

[149] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 15.064/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJE 17/11/2011.

demandas onde haja interesse dos membros da magistratura, direta ou indiretamente, e naquelas onde mais da metade do tribunal de origem esteja impedido ou seja direta ou indiretamente interessado.[150]

A norma constitucional ao mesmo tempo que intenciona garantir o acesso à ordem jurídica justa, livre de pressões e interferências de qualquer ordem na parcialidade do julgador, qualquer que seja ele, fortalece a garantia da independência da magistratura, sendo suscitável por qualquer das partes ou mesmo pelo magistrado a quem incumba o julgamento da demanda, sanando-se assim, com olhos voltados para a Carta Magna, o problema apontado.

Por todos os fundamentos delineados, nos parece ser compreensível, e constitucionalmente adequada a interpretação da Constituição Federal dada pelo Supremo Tribunal Federal, não merecendo os reparos sugeridos pela doutrina debatida, desde que se atente para as ponderações suscitadas e respondidas.

CONCLUSÃO

Diante da análise realizada é possível alcançar algumas sucintas conclusões.

Destacou-se primeiramente que o Conselho Nacional de Justiça, apesar de exercer a função de órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, exerce este mister como órgão administrativo e não jurisdicional, nos moldes de sua definição constitucional, observados os diversos parâmetros fixados pelas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto aos limites e à extensão de sua atuação.

---

[150] "Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. I - processar e julgar, originariamente: n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;" PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/04/2014.

Observou-se que como instância administrativa, o CNJ está sujeito à jurisdição nacional, o que torna imprescindível a determinação da competência do órgão julgador, seja ele juízo monocrático ou colegiado, observado o art.102, da Constituição Federal, principalmente ao definir este que serão de competência do STF as ações ajuizadas contra o CNJ.

Por fim, cotejando-se as diversas interpretações possíveis do texto constitucional, se concluiu merecer apoio, por sua maior coerência, a posição atual do STF, ao determinar que para as ações constitucionais de *habeas data*, *habeas corpus*, *mandado de injunção* e *mandado de segurança*, portanto, para as ações constitucionais que admitam no pólo passivo a própria autoridade coatora, ainda que não seja este ente com personalidade jurídica própria, haveria a competência do próprio STF, enquanto nas demais ações a competência seria da Justiça Federal de primeira instância, diante do fato de ser o CNJ mantido pela União, e não deter personalidade jurídica própria.

REFERÊNCIAS

BRASÍLIA. PRESIDêNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 abril 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 28.611-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 1º-4-2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 29.744-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-6-2011, Plenário, DJE de 4-10-2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 27.148-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-5-2011, Plenário, DJE de 25-5-2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 28.598-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 9-2-2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 28.174-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 18-11-2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 27.708, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-10-2009, Plenário, DJE de 21-5-2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direita de Inconstitucionalidade N.º3367. Rel. Min. Cesar Peluzo. Brasília, DF, 17 de março de 2006. Disponível em:< http://redir.stf.jus.br/Paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&d

ocID=363371>. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º28.003. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de maio de 2012. Disponível em:http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199690.

Acesso em 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º32.582. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 31 de fevereiro de 2014. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º28.611-MC-AgR. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 14 de maio de 2010. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º29.744-AgR. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º28.141. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 31 de fevereiro de 2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º4.638-REF-MC. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2012. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Originária N.º1718-DF. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 30 de março de 2012. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21815193/acao-originaria-ao-1718-df-stf>. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança N.º25.879. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 312 de maio de 2014. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: 12/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RCL 459-7 - Goiás, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 08.04.1994.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 15.064/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJE 17/11/2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade Judiciária de Órgãos Públicos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Bahia, v. 1, n. 11, p.1-10, set. 2007. Trimestral. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/ >. Acesso em: 13 maio 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129-130.

CRUZ, Paulo Ricardo do Sousa apud BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Originária N.º1718-DF. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 30 de março de 2012. Disponível em: < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21815193/acao-originaria-ao-1718-df-stf>. Acesso em: 12/05/2014.

DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563-564.

DIÁLOGO JUDICIAL BRASIL-ESTADOS UNIDOS – 2011 (2011 – US-BRAZIL JUDICIAL DIALOGUE), 1., 2011, Washington. Constituição, Direitos Fundamentais e Democracia: o papel das supremas cortes. Brasília:

Portal Stf, 2011. 3 p. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_

CP.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

DI PIETRO, Maria Zanella. Direito Administrativo, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 494.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 68.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.994.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1o a 5o da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998, p. 197.

PIZZOL, Patricia Miranda. A competência no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.119.

STRECK, Lenio Luiz. Doutrina: direito ou dever de apontar os erros do STF? 2014. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-24/senso-incomum-doutrina-direito-ou-dever-apontar-erros-stf>. Acesso em: 24 abr. 2014.

CAPÍTULO 7

O DIREITO E DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NO NOVO CPC

Gabriela Soares Balestero[151]

RESUMO: A finalidade deste artigo é estudar a ética do Magistrado e o seu papel na administração da Justiça. É necessário o diálogo entre a Ética e o Direito. Assim o juiz ético deve atuar respeitando a ética normativa, os Princípios e os Direitos Humanos e não atuar de forma meramente solitária, sem a observar todo o conjunto normativo, principiológico e a participação democrática das partes para a construção do provimento jurisdicional. Portanto, o presente estudo possui dois objetivos específicos: 1) a reformulação processual na prática sob uma perspectiva democrática consoante o Novo Código de Processo Civil; 2) a construção do provimento Jurisdicional pelos sujeitos do processo em simétrica paridade de armas.

Palavras – chave: papel ético dos juízes; participação das partes; reformulação processual.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the ethics of the Magistrate and his role in the administration of justice. It is necessary dialogue between ethics and law. So the judge must act respecting ethical normative, principles and the human rights and not to act merely lonely without watching the principles and the democratic participation of the parties to the construction of the jurisdictional decision. Therefore, this study has two objectives: 1) the procedural overhaul in practice under a democratic perspective as the new Code of Civil Procedure, 2) the construction of the court dismissed the subject of the proceedings at parity symmetric arms.

Keywords: Ethical role of judges; stakeholder; procedural overhaul.

INTRODUÇÃO

[151] Doutoranda em Direito Constitucional pela UBA. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduanda em Ciência Política e Licencianda em Letras/Espanhol. Advogada, Professora Universitária. Corretora de Imóveis. Endereço eletrônico para contato: gabybalestero@yahoo.com.br.

A finalidade deste artigo é estudar a ética do Magistrado e o seu papel na administração da Justiça. É necessário o diálogo entre o Direito e a ética, pois o juiz ético deve atuar respeitando a ética normativa, os Princípios e os Direitos Humanos e não atuar de forma meramente solitária, sem a observar todo o conjunto normativo, principiológico e a participação democrática das partes para a construção do provimento.

No entanto, o que observamos é uma crescente falta de compromisso com a ética em todos os setores do Estado inclusive no âmbito do Poder Judiciário, onde deveria ser implantada a primeira célula de comprometimento com a ética e o bem público, o que redundam invariavelmente para o prejuízo para os tutelados. Esperamos que, com o novo código de processo civil em que há previsões de medidas que visam efetivamente respeitar o contraditório e a paridade de armas, os direitos fundamentais como um todo sejam efetivados pelo julgador.

É absolutamente inegável a contribuição de Kant sobre a necessidade de uma universalização dos princípios éticos, como único critério de validade do exercício da razão (ou do agir humano), e sua teoria passou a influenciar toda a humanidade, até porque todas as constituições de Estados considerados democráticos na modernidade estabeleceram princípios ditados universalmente, como pressuposto para a criação do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Dentro desse contexto, não restam dúvidas, surge a figura do julgador, que, se de um lado se revela muitas vezes positivista-legalista, isto é, apenas na expressão da *la bouche de la loi* montesqueniana, de outro um perigoso "Hercules" descrito por Ronald Dworkin, já que, por ser dotado de talentos extraordinários e de clarividência interpretativa de situações fáticas numa completude normativa, é único a conseguir encontrar a decisão ética e considerada a mais *justa.* O maior desafio, portanto, a ser enfrentado pela sociedade e, por conseguinte, pelo Judiciário, que representa o principal canal democrático para as soluções dos conflitos de interesses, é equacionar a dicotomia no estado contemporâneo que se estabelece quando se busca segurança, procurando manter, ao mesmo tempo, ideais de liberdade e justiça.

Assim ativismo judicial, decorrente das decisões solipsistas e muitas vezes arbitrárias do Poder Judiciário brasileiro é um forma de julgamento antiético por parte do magistrado, visto que o Poder Judiciário deve tomar decisões de maneira que o provimento Jurisdicional seja construído de forma democrática valorizando o contraditório e a intersubjetividade entre as partes na construção do provimento jurisdicional. O processo deve ser visto pelo julgador sob uma ótica humanista, respeitando os direitos humanos e sob uma forma democrática em que há a efetiva participação de todos os sujeitos envolvidos no processo na construção do provimento Jurisdicional, ou seja, na elaboração de uma decisão judicial para aquele caso.

O presente estudo terá como marco teórico o entendimento kantiano, a visão humanista e a ótica processualista democrática do processo baseado na teoria habermasiana e fazzalariana, na qual é proposto um modelo mais democrático de processo, baseado em uma estrutura policêntrica na qual todos os sujeitos participam do processo em paridade de armas e na qual o magistrado assume uma postura humanista, respeitando efetivamente os princípios gerais do direito e os direitos humanos.

2. A CONTRIBUIÇÃO KANTIANA

Kant falava sobre a necessidade de uma universalização dos princípios éticos, como único critério de validade do exercício da razão (ou do agir humano), e sua teoria passou a influenciar toda a humanidade, até porque todas as constituições de Estados considerados democráticos na modernidade estabeleceram princípios ditados universalmente, como pressuposto para a criação do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Segundo Joaquim Carlos Salgado “nenhuma teoria moral, nenhuma ética até Kant procurou assentar-se em princípios *a priori*, por isso, universais, garantidores da sua validade. E, mais, todas as éticas até então existentes buscaram

o fundamento da sua validade fora delas mesmas, em conceitos esternos. Só a ética kantiana procura princípios próprios para a sua fundamentação[152]."

Na visão kantiana não existe discrepância de princípios éticos (ciência da moralidade e das liberdades) com o direito ou leis jurídicas (ciência jurídica), desde que estas sejam universalizadas no âmbito da própria moralidade, e não só pela sua origem na razão *a priori*, mas também no momento de sua aplicação.

Para Kant, o discurso ético deve ser baseado em uma moral universalista, ou seja, deve se sustentar em uma racionalidade conhecida de todos, pois a apreciação moral subjetiva está sujeita às inconstâncias do homem.

No entendimento de Bryan Magee, para Kant a universalização da moral é fundada na razão e esta razão não é universalmente válida quando apenas houver um interesse próprio. Assim, se determinada coisa é certa para alguém, tem de ser certa para qualquer outro na mesma posição. Isso significa que, se o mundo empírico é governado por leis científicas que têm aplicação universal, logo, também a moral é governada por leis que têm aplicação universal[153].

O Direito procura a universalização de princípios éticos para a formulação de suas máximas e para a concretização do agir humano segundo o ordenamento jurídico e o respeito aos direitos humanos[154]. Para Kant há uma diferença de fundo entre o Direito e a ética, pois em seu sentido estrito, a ética seria apenas uma teoria das virtudes, mas em sentido amplo, a ética para ele seria a ciência das liberdades morais e jurídicas.

---

[152] SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de justiça em Kant - seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p.144.

[153] MAGEE, Bryan. História da filosofia. 3. ed. São Paulo, 1999.

[154] A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a construir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servido como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional" (PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48).

Segundo Salgado há uma preocupação de Kant em *"encontrar um grau razoável de 'cientificidade' para a Ética, isto é, uma objetividade traduzida na necessidade e universalidade dos seus princípios, diante da mutabilidade do éthos, entendido como conjunto do agir humano"*[155].

Portanto, na visão kantiana não existe discrepância de princípios éticos (ciência da moralidade e das liberdades) com o direito ou leis jurídicas (ciência jurídica), desde que estas sejam universalizadas no âmbito da própria moralidade, e não só pela sua origem na razão *a priori*, mas também no momento de sua aplicação.

3. AS AÇÕES ÉTICAS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A ausência de um referencial de moralidade conduz a insegurança e injustiças, sendo, dessarte, a busca da ética imprescindível no Estado que se insere nos paradigmas de direito e democrático. Porém, para o exercício da ética é necessário encontrar um grau de cientificidade de maneira a ser estabelecidos padrões ou parâmetros para a atuação do Estado e da sociedade. Além disso, tanto o juiz quando o próprio Poder Judiciário necessitam desse paradigma ético para bem exercer as suas funções institucionais

Como fatores essenciais à conformação na prática da eticidade exigida para o juiz, afigura-se, importante a colocação de José Renato Nalini, ao se referir à necessidade de o juiz manter-se, no desempenho de suas atribuições, nos limites dos fundamentos constitucionais, isto é, dos "valores adotados como bons pelo formulador originário desse pacto"[156]. Ademais, acrescenta Nalini:

> O profissional juiz subordina-se a uma normatividade ética derivada não apenas da Carta Fundamental, que prevê as vedações

---

155 SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de justiça em Kant - seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG,1995, p.152.

156 NALINI, José Renato. O juiz e a ética no processo. *In* NALINI, José Renato. Uma nova ética para o juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, cap. 7, p. 91.

> do parágrafo único do art. 95, mas também do Estatuto da Magistratura - de índole igualmente constitucional, com sede no art. 93. Essa normatividade hoje vigora sob a forma da Lei Complementar Federal 35, de 14.3.79, a conhecida LOMAN - Lei Orgânica da Magistratura Nacional, recepcionada pela superveniente ordem fundante. Não se está diante de uma ética, pois não existem, substancialmente, idéias divergentes sobre o bem e a perfeição. Mas uma espécie do mesmo gênero, consoante confirma Antonio Peinador Navarro: 'A moral profissional é uma aplicação da moral à profissão, ou melhor, ao profissional [...] Não hão de ser, nem podem ser, distintos princípios, de razão ou revelados, que rejam a vida moral do profissional, enquanto tal, dos que hão de reger a vida de qualquer mortal, posto que a moral, como a verdade, não pode ser mais que uma. Sem prejuízo, nem tudo o que é princípio ou base do raciocínio prático tem porque endereçar-se ao profissional, nem aquele que a ele se aplica, idêntico em sua concepção genérica, chega ou há de chegar até ele da mesma forma e com a mesma carga de conclusões com que chega aos demais, enquanto alheios ao mundo da profissão'[157].

Destaca Nalini a preocupação de enunciação de um Código de Ética Judicial, merecendo menção o decálogo do Juiz Juan Carlos Mendoza, Professor da Universidade Católica de Assunção e assim redigido:

> *1. Sê honesto*. O conteúdo necessário do Direito são os valores morais, donde não se pode conceber um ordenamento jurídico que não responda a um princípio ético. Por esses valores morais, o Direito existe, tem autoridade, aperfeiçoa-se e se impõe aos homens. Para que possas aplicá-lo com rigor e cumprir seus pressupostos últimos, deves encarnar em ti esses valores, dentre os quais a honestidade é o primeiro e essencial ao teu ministério.
>
> *2. Sê sóbrio*: a sobriedade é uma exigência do teu cargo. Para que sejas um verdadeiro magistrado e alcances o respeito de teus semelhantes, hás de ser necessariamente exemplar em tua vida pública e privada e hás de condensar, em todas as tuas decisões, o equilíbrio de tua alma.
>
> *3. Sê paciente*: quem vai aos tribunais em demanda de tua justiça, leva atribulações e ansiedades que hás de compreender. Esta é a parte mais sensível e humana de tua missão; ela te ajudará a ter presente que o destinatário de sua sentença não é um ente abstrato ou nominal, mas que é um homem, uma pessoa humana.

---

[157] NALINI, José Renato. O juiz e a ética no processo. *In* NALINI, José Renato. Uma nova ética para o juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, cap. 7, p. 91.

4. Sê trabalhador: deves esforçar-te para que tenha vigência o ideal de justiça rápida, se bem que não deves sacrificar o estudo à celeridade. Trabalha no pleito mais insignificante com a mesma dedicação que no pleito mais importante e, em todos os casos, tem presente que o que está em jogo é a própria justiça.

5. Sê imparcial: o litigante luta pelo seu direito, tanto quanto tu lutas pelo direito. Isto não deves esquecer nunca. Não te deves levar por tuas simpatias ou antipatias, por conveniências ou compaixões, nem por temor ou misericórdia. A imparcialidade implica a coragem de decidir contra os poderosos, mas também o valor muito maior de decidir contra o fraco.

6. Sê respeitoso: respeitoso da dignidade alheia e da tua própria dignidade; respeitoso nos atos e nas palavras. Todo o Direito é dignidade; está dirigido à dignificação da pessoa humana e não se pode conceber esvaziado dela. Deves estar consciente da imensa responsabilidade do teu ministério e da enorme força que a lei põe em tuas mãos.

7. Sê justo: antes de mais nada, verifica, nos conflitos, onde está a Justiça. Em seguida, fundamenta-a no Direito. Do ponto de vista técnico, hás de esforçar-te para que a verdade formal coincida com a verdade real e para que a tua decisão seja a expressão viva de ambas.

8. Ama o Direito: se a advocacia é um nobre apostolado, que exige um profundo amor ao Direito, a magistratura judicial é um apostolado mais nobre ainda, isento de enganos e refúgios , que exige para o Direito uma devoção maior porque não te dará triunfos, nem riquezas.

9. Sê independente: tuas normas hão de vir unicamente das normas da lei e de tua consciência. Não é por capricho que se quer que sejas independente e que os homens tenham lutado e morrido pela independência, mas porque a experiência da humanidade demonstra que esta é uma garantia essencial da Justiça, a condição da existência do poder jurisdicional, o modo mais eficaz de proteger o indivíduo contra os abusos do poder.

10. Defende a liberdade: tem presente que o fim lógico para o qual foi criada a ordem jurídica é a Justiça e que a Justiça é conteúdo essencial da liberdade. Na medida em que a faças respeitar, tu, teus companheiros e tua posteridade gozarão de seus benefícios, pois nunca foram livres os homens, nem os povos, que não souberam ser justos. Defender a liberdade não é fazer política, senão preservar a saúde da sociedade e o destino das instituições que a justificam. Para cumprir com o teu dever, para que esse baluarte seja uma fortaleza, sem necessidade de canhões, nem de soldados, para que seja majestoso e imponente, é mister que tu o levantes como nunca, por cima das paixões e cumpras, com grandeza e com suprema energia, teu dever de magistrado, em alto apostolado jurídico; que não cedas ante a violação de uma lei e não te

> embaraces no atentado contra uma única garantia. (NALINI, 1994, 93-95)[158]

Ao magistrado no exercício desse seu mister, isto é, de defesa da liberdade de maneira indissociável da ética e, por conseguinte, como fator de garantia de segurança jurídica e social, incumbe, ter uma perspectiva da jurisdição como elemento de inclusão social ou de efetivação da cidadania, entendida a partir de novos paradigmas de (re) construção do direito processual.

4. UMA RECONSTRUÇÃO PROCESSUAL: A VISÃO PROCESSUALISTA DO PROCESSO COMO UM PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO E A NECESSIDADE DE LIMITAR OS PODERES DO JUIZ

Em 1.868, Bulow[159] em seu famoso livro "Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias" manifestou o seu entendimento no sentido de que o processo é uma relação jurídica entre as partes e o juiz, não se confundindo com a relação jurídica de direito material, ou seja, para ele haveriam dois planos de relações, uma de direito material e outra de direito processual.

A teoria de Bulow foi criticada por Goldschmidt[160] que lançou contra ela a teoria do processo como situação jurídica, pois para ele, o direito, através do processo, passa a sofrer uma mutação estrutural, isto é, o que era direito subjetivo passa a ser mera expectativa.

Tais teorias em tempos recentes vêm sendo criticadas pelo italiano Élio Fazzalari, com uma idéia simples e de extrema importância, buscando afastar o

---

[158] NALINI, José Renato. O juiz e a ética no processo. *In* NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, cap. 7, p. 93-95

[159] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 280.

[160] Ibidem, p. 281.

velho clichê da relação jurídica processual, consoante explicação de Ada Pellegrini Grinover[161]:

> O processo como procedimento em contraditório: uma idéia simples e genial, que se afasta do "velho e inadequado clichê pandectístico da relação jurídica processual', [..] esquema estático [...] que leva em conta a realidade, mas não a explica". O contraditório, como estrutura dialética do processo, que comprova a autonomia deste em relação a seu resultado, porque "ele [o contraditório] existe e se desenvolve, ainda que não advenha a medida Jurisdicional [...] e é empregado mesmo para estabelecer se o provimento Jurisdicional deva, no caso concreto, ser emitido ou recusado."

Consoante o entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves[162]:"o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento."

> Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os "interessados", em contraditório, colhemos a essência do "processo": que é, exatamente, um procedimento, ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os "interessados", isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.[163]

Nesse passo, requer-se a participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, e, deste modo, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório.

---

[161] Em apresentação no livro de FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2006, p. 5.
[162] GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 102.
[163] FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 1.ed., 2006, p. 33.

> Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. [164]

Em um processo encarado sob uma perspectiva democrática há a construção do provimento Jurisdicional pelas partes em simétrica paridade de armas, sendo, necessário, portanto, o afastamento do decisionismo do julgador e a implantação da comparticipação na formação das decisões.

> A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co – responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual. [...] Tal perspectiva procedimental, defendida por Habermas, como já expresso, importa na percepção de um Estado constitucional que se legitima, por meio de procedimentos (HABERMAS, 1994, p. 664) que devem estar de acordo com os direitos fundamentais e com o princípio da soberania do povo.[165]

Seguindo o mesmo entendimento Aroldo Plínio Gonçalves[166] afirma, "o controle das partes sobre os atos do juiz é de suma importância e, nesse aspecto, a publicidade e a comunicação, a cientificação do ato processual às partes (que é, também, garantia processual) é de extrema relevância."

> A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento

---

[164] Ibidem, p. 119/120.
[165] NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 195/196.
[166] GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 112.

> do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.[167]

O juiz deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, respeitando e assegurando às partes a participação na formação das decisões, ou seja, na produção do provimento Jurisdicional de forma a derrubar a teoria da relação jurídica processual.

> Certo é que o Jurista não pode desenvolver o seu dever se ignora as outras componentes – morais, sociais, políticas, econômicas – da comunidade; mas também os cultores destas últimas não podem operar nos setores de sua competência se não conhecem o papel que o direito tem na sociedade. É necessário, portanto, a consciência das *rationes distinguendi* da Jurisprudência e das outras "ciências sociais"; do fato de que cada uma delas tem formatado e utilizado – nem poderia ser de outra forma: não é lícito, também, o processo da história – instrumentos próprios para colher a realidade do próprio ponto de vista. Em suma, é contemplada a complementaridade das diversas abordagens; não é admitido, ao contrário, sincretismo de métodos.[168]

Nesse passo, o procedimento seria uma seqüência de atos valorados, que alcançariam o ato final proferido pelo magistrado, cuja formação todos concorreram, havendo o que Fazzalari denomina de combinação[169], na qual haveriam conexões entre normas, atos e posições subjetivas em meio ao processo.

Por essa visão conclui-se que não existe entre os sujeitos processuais uma submissão das partes ao juiz e sim uma interdependência, sendo inaceitável, portanto, o esquema de relação jurídico processual.

> Não se podem mais realizar interpretações do sistema processual sem tomar por base o "modelo constitucional de processo" e sem perceber que além de se buscar a eficiência (geração de resultados úteis) há de se buscar uma aplicação que implemente a percepção dinâmica das normas constitucionais, lidas de modo a permitir

---

[167] NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 197.
[168] FAZZALARI, Elio Fazzalari. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2.006, p. 75.
[169] Ibidem, p. 91.

> participação e legitimidade em todas as decisões proferidas. *Inaugura-se uma concepção garantística do processo* em contraponto e superação com sua concepção publicística e socializadora.[170]

Fazzalari[171] entende que a participação é um elemento estrutural e legitimante das atividades processuais, daí sendo importante a participação técnica das partes na construção do provimento Jurisdicional.

> Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera pública o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos *"interessados"* (aqueles que aspiram a emanação do ato final – *"interessados"* em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os *"contra – interessados"*) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o "contraditório", faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* "procedimento" é possível extrair a *species "processo"*."[172]

Porém, infelizmente essa não a realidade atualmente vista atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, na qual há a concentração excessiva de todo o poder decisório nas mãos do Judiciário diante da postura solipsista do magistrado na tomada de decisões, tornando-as cada vez mais arbitrárias.

O ativismo judicial vem sendo debatido pela doutrina, especialmente após a criação das Súmulas Vinculantes pela Emenda Constitucional 45/04 que acrescentou à Constituição o artigo 103 – A.

Destaca-se que sempre houve uma tendência dos tribunais que os juízos inferiores devessem seguissem a orientação dos superiores de forma que a uniformização da Jurisprudência pudesse conviver com o princípio da hierarquia dos tribunais.

---

[170] NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.
[171] NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 207.
[172] FAZZALARI, Elio Fazzalari. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2.006, p. 94.

> Além desse aspecto, não se pode mais acreditar em um Estado Democrático de Direito no qual o judiciário deixe de julgar casos e passe a julgar somente teses, como a lógica da produtividade e da eficiência a qualquer custo parece impor, que permite aos juízes exerçam um papel "judicializante" (da política e das relações sociais), que pode gerar impactos políticos, econômicos e jurídico nefastos.[173]

Porém, a partir do momento em que há a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelos tribunais superiores com a obrigatoriedade de aplicação a todos os tribunais inferiores questiona-se a existência dos princípios como a inexistência de hierarquia entre os tribunais, liberdade de convencimento e independência do juiz enquanto agente político.

> Falávamos do problema na crença do texto que jaz em tentativas como a da Emenda. Acredita-se que os problemas do Judiciário podem ser resolvidos a partir do momento em que o STF, à maneira do *common law*, estabeleça um texto que servirá de precedente vinculante para que os demais Tribunais interpretem num certo sentido a aplicação de uma lei a certa situação. Mas uma vez, fica patente a discussão entre "público" e "privado": afinal, o STF (ou outro Tribunal), ao ter um caso para decidir, deverá considerar o caso ou sua possível repercussão (transcendência) nacional? A mera colocação da questão nestes termos, aliás, já encerra em si um problema, porque começamos a criar classes de processos "super" e "sub" privilegiados.[174]

O processo judicial que deveria ser encarado como um procedimento em contraditório, resguardando os princípios constitucionais, ou seja, um processo mais democrático, tem a sua solução congelada, diante da aplicação da súmula em casos idênticos, de maneira a restringir a atuação das partes e até mesmo dos tribunais inferiores.

---

[173] NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.
[174] BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular? Revista Forense Eletrônica – Suplemento, volume 378, mar/abr. 2005, seção de doutrina, p. 668.

Há no caso o predomínio da assimetria, ou seja, as partes estão submetidas ao Poder Judiciário, ao juiz, em uma relação processual baseada na hierarquia. Com a concepção procedimental do Estado de Direito em Habermas e a teoria fazzalariana busca-se uma reconstrução processual mais democrática.

A proposta do Novo Código de Processo Civil é um modelo democrático de processo em que predomina o policentrismo, ou seja, uma participação legítima e simétrica de todos os sujeitos participantes do processo, sem qualquer grau de hierarquia.

Em seus artigos 7º e 8º da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, podemos verificar em seus artigos sétimo e oitavo a obrigatoriedade do respeito ao contraditório e a obrigatoriedade de tratamento paritário entre as partes:

> Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.
>
> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O Novo Código de Processo Civil vem efetivar o contraditório e quebrar o protagonismo judicial, baseada na teoria de Bülow do processo como relação jurídica entre as partes subordinadas ao juiz reduziram o processo a um instrumento para que o magistrado atue de maneira solipsista na tomada de decisões no caso concreto.

Por essa teoria, o processo passava a ser o local em que o juiz atua de acordo com as suas próprias convicções e ideologias, havendo uma degeneração de todo o conteúdo da relação jurídica processual, ocasionando o descrédito do Judiciário e o protagonismo do juiz.

Tal fenômeno foi apelidado de ativismo judicial é sintetizado pela afirmação de Streck: “Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ‘ideologia do caso concreto’,

circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado...”[175].

A deficiência estatal na realização de políticas públicas e do legislativo na elaboração de leis que realmente acompanhem a mobilidade social e tecnológica, proporcionou a derrocada dos ideais dos Estados sociais e a busca incessante pelo Poder Judiciário na esperança da implementação das atividades essenciais da sociedade. Portanto, verifica-se, por exemplo, a judicialização da política[176], da saúde.

Consoante Daniel Sarmento[177] “no cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária e, em especial, o descrédito do Poder Legislativo e dos partidos políticos. “[178]

---

[175] STRECK, Lenio Luiz. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.008, p110/111.

[176] “Tal expressão ganhou delineamento a partir do trabalho coordenado por C. Neal Tate e Torjön Vallinder, intitulado *The global expansion of judicial Power*, no qual foi denominada de judicialização a tendência de transferir poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. “ (NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.179.)

[177] SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

[178] Nesse ponto, cabe informar os fatores de desestabilização democrática trazidos por Rodolfo Viana em sua obra “Direito Constitucional Democrático”.Atualmente, verifica-se que diversos fatores desestabilizaram a democracia, destruindo a sua imagem romântica, perfeita, constatando-se que tal situação não ocorre apenas nos chamados países subdesenvolvidos, mas sim nos chamados países de primeiro mundo. Os fatores de desestabilização democrática são considerados causas exógenas, compreendem os fenômenos da “globalização”, “complexidade” e “risco”. Já as causas endógenas compreendem a “crise do princípio representativo” e a “fenomenologia do refluxo”.a) Globalização: A globalização ainda é um fenômeno e implica um novo regime, é um sistema social, econômico, político, é um fenômeno de certa universalização, pois desloca muitas decisões para fora do país, ou seja, há espaços extra nacionais, há agências, organizações, que tomam decisões. Nesse sentido, há uma interpenetração entre os níveis local e global, pois as tendências da sociedade mundial convivem com as identidades locais. Isso ocorre porque a política interna passa a ser influenciada por fatores externos, restringindo a autonomia e a liberdade da vontade popular; b) Complexidade: A complexidade é a dificuldade de adaptação da democracia em uma sociedade complexa. Para Niklas Luhmann,[178] a “complexidade” é uma derivação conceitual relacionada essencialmente com o que se poderia chamar de “especialização funcional autorreferenciada” dos sistemas sociais. Verifica-se, pois, a dificuldade em se regulamentar uma sociedade complexa no sistema constitucional e o caráter operacional da democracia fica abalado, tendo em vista, que o indivíduo, sendo obrigado a se especializar, não tem disponibilidade para a

Isso gera uma expectativa da sociedade que o Poder Judiciário traga uma resposta para todos os problemas nacionais, como, por exemplo, os casos em que a justiça toma certas decisões baseadas na opinião pública como “mensalão”, “perda de mandato por infidelidade partidária”; “nepotismo” e outros.

O Poder Judiciário figura a concepção neoliberal de produtividade, em especial, após a Emenda Constitucional n° 45, trouxe à Constituição Federal brasileira a previsão expressa do princípio da celeridade processual. Tal fato pode ser revertido com o Novo Código de Processo Civil.

Nesse passo, a produtividade judicial passou a predominar os julgamentos em massa, as ações repetitivas, as súmulas vinculantes, são o retrato de um Poder Judiciário pautado em números de julgamentos do que em análises criteriosas do caso concreto.

Surgiu então o ativismo judicial ocasionado pelo protagonismo do juiz, pois é entregue a ele uma capacidade sobre-humana de proferir uma decisão mais justa de acordo com as suas concepções pessoais e ideologias, em sua maioria, desprezando possíveis contribuições das partes, dos advogados e até mesmo da Jurisprudência e da doutrina.

---

vida pública, acabando por enfraquecer esses laços sociais de forma brusca; c) Risco: Segundo Ulrich Beck[178], sociedade de risco “designa um tipo de sociedade que se tornou consciente do paradoxo do conhecimento científico, ou seja, de que a produção de novos conhecimentos gera também novas incertezas”.Logo, atualmente, a ciência não tem a competência de avaliar a conseqüência da meteórica evolução tecnológica, não tendo como calcular, prever e gerir os riscos do seu próprio desenvolvimento, tornando pública a sua incerteza. Há o confronto entre a democracia e a tecnocracia, havendo dúvidas quanto à competência, à capacidade do povo em suas decisões. Portanto, a democracia é desafiada a resolver temas que fogem da cognição da própria ciência. Desta forma, a tecnocracia pode acarretar o esvaziamento da política que é o cerne da democracia, e consequentemente as decisões sobre a implantação de tecnologias devam ser retiradas do público, reforçando a idéia da competência do povo para a definição da melhor estratégia de decisão e de governabilidade. Entretanto, tal situação também gera conflitos, pois a credibilidade do discurso tecnocrático é abalada diante do fato do homem comum não possuir capacidade técnica suficiente para fornecer respostas seguras aos problemas decorrentes das falhas da ciência; d) Refluxo: Segundo Rodolfo Viana Pereira[178] “o último fator de crise é representado pelo que Noberto Bobbio chamou de ‘refluxo à democracia’. A expressão designa uma categoria de eventos que inclui três fenômenos particulares: *o afastamento da política, a renúncia à política* e *a recusa da política*”. (PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito Constitucional Democrático. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2008).

Segundo Daniel Sarmento “muitas vezes o Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o *status quo.* E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais.”[179]Em sentido semelhante Dierle Nunes[180].

> A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual.

Nessa vereda, busca-se um afastamento do decisionismo do julgador para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a participação dos interessados na formação das decisões.

Uma das conseqüências da inclusão da efetiva participação da população na esfera pública é o alargamento do foro tradicional da política, ou seja, os debates e as tomadas de decisões fugiriam dos foros tradicionais para alcançar outros âmbitos mais populares, como fóruns, debates via internet, associações criadas com essa finalidade, etc, de forma a utilizar os meios de comunicação como instrumento para essa abertura política à população.

O alargamento desses espaços alternativos para debates bem como o incentivo das informações fornecidas pelos meios de comunicação em massa podem aumentar o nível de legitimidade, de participação popular.

---

[179] “É verdade que o ativismo judicial pode, em certos contextos, atuar em sinergia com a mobilização social na esfera pública. Isso ocorreu, por exemplo, no movimento dos direitos civis nos Estados Unidos dos anos 50 e 60, que foi aquecido pelas respostas positivas obtidas na Suprema Corte, no período da Corte de Warren. Mas nem sempre é assim. A ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas”. (SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36/37.)

[180] NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p 195.

Como afirma Paulo Bonavides[181]: "Sem participação não há sociedade democrática. A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organizada, conduz no pluralismo o processo político à nacionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos."

Para Dierle José Coelho Nunes[182], participante da comissão de juristas para a elaboração do Novo Código de Processo Civil "o processo não pode ser, nesse contexto, enxergado como um mal a ser resolvido, eis que este constitui uma garantia de legitimidade e participação dos cidadãos na formação das decisões." Tal posição, pode ser observada no artigo 141 do atual Código de Processo Civil: O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Um processo construído a partir da comparticipação das partes permite que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para a produção do provimento na busca de uma solução mais adequada ao caso concreto, evitando a decisões arbitrárias do julgador, ou as chamadas "decisões surpresa".

5. UMA RELEITURA PROCESSUAL – HABERMAS

A teoria do processo como um procedimento em contraditório possui, em sua essência, viés democrático com forte influência de Habermas, na qual o Direito funcionaria como um mediador, um instrumento[183], entre a facticidade e as pretensões de validade, como mecanismo de integração social.

---

[181] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal do Estado Social*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 2-3.

[182] NUNES, Dierle José Coelho. *Teoria do processo contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.

[183] "Mas para atingir esse objetivo, Habermas indica transformações necessárias ao modo de produção e aplicação do direito. A fundamentação do direito e do Estado Democrático vai ser deslocada, da soberania do povo, para a soberania de um procedimento discursivo público sob condições ideais. O resultado é uma reconfiguração da separação dos poderes de acordo com os tipos de discursos predominantes em cada um deles. O poder administrativo (executivo), o

Ademais, para Habermas haveria duas ações estratégicas: a integração sistêmica correspondente à economia, dinheiro e poder e a integração social que são as ações comunicativas, orientadas pelo consenso social, composta por outros elementos como os valores, a moral, a ética.

No âmbito da Jurisdição, Habermas – apoiado em Klaus Günther - divide a teoria do discurso em discursos de fundamentação ou de justificação das normas jurídicas e discursos de aplicação.

No caso, o Poder Judiciário não pode fazer discursos de justificação, ou seja, criar a norma jurídica, diante da ausência da participação popular, apenas podendo fazer discursos de aplicação da norma.

> Assim, descrendo na viabilidade de princípios morais consensuais ou neutros, dedutíveis pela razão e suscetíveis de fundar um ativismo judicial em termos consistentes com a democracia, Ely propõe a limitação do *judicial review (judicial self – restraint)* a questões relativas à preservação da integridade do próprio regime democrático. Isto é: o papel do Judiciário não seria o de fazer escolhas substantivas, incluindo a *conteudização* de princípios e direitos, tarefa reservada, nos Estados democráticos, aos agentes políticos investidos pelo voto popular; sua missão seria a de garantir a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza. Um controle, enfim, centrado apenas nas condições de formulação do ato legislativo *(input)*, desprovido de qualquer pretensão de alcançar o seu resultado substantivo *(outcome).* Para Erly, "apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade atribuindo aos tribunais, como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia."[184]

---

legislativo e o judiciário ganham assim atribuições e competências cuja legitimidade pressupõe um outro poder, chamado por Habermas de 'poder comunicativo', que é o poder resultante de uma discussão pública racional onde todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e autores do próprio direito." (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2.007, p. 12.)

[184] BINENBOLN, GUSTAVO. A nova Jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro; Renovar, 2004, p. 102.

Busca-se a preservação das liberdades de maneira a preservar abertos os canais de participação política de forma a proporcionar o bom funcionamento do regime democrático e o respeito aos direitos humanos.

Segundo Rafael Lazzarotto Simioni[185] na teoria de Habermas, a normatividade do direito é fruto da legitimidade e os problemas de eficácia do direito, ou seja, da própria realização do direito, estariam atrelados à questão da legitimidade. Nesse sentido, sendo os cidadãos ao mesmo tempo destinatários e autores do direito passariam a assumir a responsabilidade individual pelo seu cumprimento.

A legitimidade seria uma condição da força normativa do direito, transferindo o problema da realização dos direitos, que possui cerne positivista, para se tornar um problema de legitimação. Para isso, Habermas propõe um novo paradigma para o direito, denominado 'procedimentalismo', na qual o direito gerado através do discurso democrático (no qual, pois aquele que se submete à norma pode reconhecê-la como um seu co-autor) pode atuar sobre a sociedade, de maneira a diminuir as tensões sociais que percebemos hoje.

Portanto, Jürgen Habermas[186] atribui um papel central à linguagem no processo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos. Sua teoria se desenvolve no interior de um Estado Democrático de Direito que se pressupõem a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal, de uma comunidade de homens livres e iguais capazes de criar as leis que os regem e onde os próprios envolvidos têm de entrar em acordo, prevalecendo a força do melhor argumento.

Habermas apresenta a democracia como o núcleo de um sistema de direitos fundamentais, havendo a institucionalização democrática dos direitos, em

---

[185]SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2.007, p. 12-13.

[186] "Essa legitimidade democrática, na modernidade, cabe esclarecer, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre fadicidade e validade." (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris* ,2007, p. 5.)

que os cidadãos aparecem não somente como destinatários das leis, mas também, consoante Rousseau, como seus autores. Portanto, como destinatários e autores do seu próprio Direito, os cidadãos devem poder participar e ter voz ativa nos processos de interpretação constitucional.

Nesse passo, Habermas tenta equilibrar e compatibilizar a soberania popular e os direitos humanos, aos direitos econômicos e sociais básicos, essenciais à dignidade humana, constituinte do chamado mínimo existencial.

Adaptando a teoria habermasiana ao processo, o princípio da democracia proporcionaria a abertura de um campo de discussões na quais abrangeria vários tipos de discursos seja morais, éticos, pragmáticos, incluindo as negociações, de maneira a modelar as normas jurídicas. Portanto, o princípio da democracia fixa os parâmetros e legitima a produção do próprio direito.

> A Jurisdição, portanto, não pode desenvolver o direito por uma interpretação construtiva desconectada do poder comunicativo. O poder comunicativo, que é a única fonte de legitimação do Estado de Direito, só se exerce argumentativamente através de um procedimento institucionalizado com base no princípio do discurso, vale dizer, só se exerce nas condições ideais de uma discussão pública com a participação de todos os implicados. Por isso, nem um órgão colegiado e muito menos um juízo monocrático pode pretender interpretar construtivamente o direito. O Poder Jurisdicional não é hierarquicamente superior ao poder comunicativo. A Jurisdição não pode, portanto, submeter a si o poder comunicativo, porque ele é a fonte de toda legitimação do direito e do Estado de Direito. Até porque a legislação implícita, criada pela Jurisdição, coloca em risco a racionalidade o exercício do direito e sobrecarrega a base de legitimação do Poder Judiciário. Por mais conhecimentos técnicos e experiência que os especialistas do direito possuam, as decisões jurídicas provocam conseqüência para sociedade, que não podem ser legitimadas por discursos técnicos de especialistas na interpretação direito: a interpretação da Constituição e dos objetivos das políticas públicas não é monopólio da Jurisdição. Como se vê, na teoria o discurso de Habermas, o poder Jurisdicional sofre restrições. Porque no paradigma procedimentalista do direito, a Jurisdição está subordinada ao poder comunicativo da autonomia política dos cidadãos. E é exatamente as condições para o exercício dessa

> autonomia política, como gênese do processo democrático que a jurisdição tem que proteger. [187]

Mister o uso do espaço discursivo instaurado pelo processo, ou seja, um espaço público para a problematização e formação de todos os provimentos, ou seja, a comparticipação das partes.

A ampliação do contraditório na verdade constituiria uma garantia ao princípio da não surpresa[188], pois impõe o debate acerca de todas as questões envolvidas no processo antes da tomada de decisão pelo juiz.

> Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva comparticipativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas (HABERMAS, 1994, p. 270)[189]

Para Habermas "Essa legitimidade democrática, na modernidade, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre facticidade e validade."[190] O espaço público para que haja a comparticipação e a discussão de maneira democrática é o processo.

---

[187] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito e racionalidade comunicativa*:* a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2.007, p. 212/213.
[188] "Garante-se, desse modo, a cada afetado a exposição de razões relevantes para determinação do tema a ser debatido e julgado endoprocessualmente, dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição dos papéis a serem desenvolvidos, em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional de processo, notadamente o contraditório como garantia da influência e de não – surpresa." (NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 27.)
[189] Ibidem, p. 211.
[190] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional" . Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*. 2007, p. 5.

> A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.[191]

Essa releitura processual se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito na qual se busca a prevalência da soberania popular em todos os campos. O prof. Dierle José Coelho Nunes apresenta um modelo de como seria a comparticipação na construção do provimento Jurisdicional, na qual haveria um procedimento bifásico: a primeira fase seria preparatória e a segunda fase seria de discussão.

> Desse modo, a cognição bifásica que assegure uma fase preparatória adequada, poderia servir de modelo para um procedimento que atendesse aos anseios comparticipativos da democratização processual se essa primeira fase fosse utilizada como *lócus* de fomento do debate por todos os sujeitos processuais, sem qualquer pressuposição de protagonismo (das partes ou do juiz), mediante a depuração de todos os elementos fáticos e jurídicos colocados pelas partes, advogados, promotores e juízes. Tal fase poderia ser realizada mediante a prévia troca de petições (um arrazoado para cada parte) e a fixação de uma audiência preliminar de debate e de discussão obrigatória de todos os pontos controvertidos, de fato e de direito, de modo que todos os sujeitos processuais estariam prontos (se desejassem estar) e saberiam todos os argumentos relevantes a serem discutidos na segunda fase, quando ocorreria a segunda audiência de colheita de provas e de discussão dos pontos principais. Na excepcional hipótese de surgimento de novos fatos e argumentos jurídicos no curso da segunda audiência, deveria ser garantida a discussão em contraditório com sua implementação plena. Com a ampla suscitação das dúvidas, normas, fatos, súmulas e entendimentos Jurisprudenciais potencialmente aplicáveis na espécie (sem nenhuma utilização estratégica pelo juiz da coação neoliberal de prejulgamento, que poderia gerar acordos prejudiciais às partes mais débeis ou, mesmo, inexeqüíveis), ocorria uma preparação do *thema probandum* e da discussão, reduzindo a quase zero a potencialidade de decisões de surpresa.[192]

---

[191] NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p 197.
[192] NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 243/244.

A percepção democrática do direito visa a que todos os interessados possam influenciar na formação das decisões refutando, portanto a possibilidade de decisões solipsistas dos magistrados.

É indiscutível que sem eficácia do direito processual jamais serão alcançados os objetivos da sociedade de segurança com justiça (ética), razão pela qual se impõe refletir sobre o modelo atual e suas conseqüências, bem como sobre a reestruturação a partir de paradigmas democráticos que na contemporaneidade não se amoldam a um sistema de litigiosidade irresponsável, a qual compromete o próprio funcionamento do aparelho estatal judiciário, e que não responde aos anseios de uma sociedade participativa. Assim, com o Novo Código de Processo Civil houve a limitação dos poderes do juiz em prol da construção comparticipada pelas partes do provimento jurisdicional, na esperança de um Poder Judiciário mais justo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança jurídica e social somente será atingida por intermédio da realização de uma *liberdade ética*. E é inegável que a Ciência do Direito se sustenta no exercício da liberdade e da autonomia da vontade. No entanto, como o próprio Kant adverte, existe entre a ética (lei moral) e a ordem jurídica uma diferença básica na forma da legislação, pois, enquanto o dever moral coage interiormente, a norma jurídica atua e coage exteriormente.

Ademais, não nos parece viável imaginar que na prática seja possível refrear as ações humanas indevidas por intermédio de um comportamento absolutamente racional e monitorado. Basta lembrar que são universal e consensualmente repudiadas a poluição da atmosfera, as guerras e a opressão econômica dos povos mais fracos, práticas estas, no entanto, que continuam a ocorrer apesar dessa uníssona condenação imposta por uma *ética universalizada*.

Diante desses fatos cotidianos da vida humana, o juiz não pode ficar alheio e deixar de reconhecer outros aspectos que influenciam as ações humanas e que são estudados pela história, sociologia e psicologia. Por outro lado, malgrado as diferenças teóricas e conceituais da moral com o Direito, não se pode negar que é na liberdade do homem, baseada em princípios éticos, que se poderá fundar um Estado de Direito pleno.

Portanto, não basta que o Estado seja construído somente sobre pilares do Direito, pois que isso significaria, como já significou e continua significando em diversos países, o exercício do totalitarismo e da tirania.

Portanto, o melhor caminho da sociedade parece ser o de uma verdadeira *democracia participativa*, em que se estabeleçam os controles pela sociedade civil, tanto do poder político quanto do poder econômico, sendo especialmente necessário para que isso se implemente o irrestrito acesso do cidadão ao processo jurisdicional, de acordo com o paradigma constitucionalizado do devido processo.

Ademais, percebe-se a necessidade do afastamento do decisionismo do julgador na tomada de decisões para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a comparticipação das partes na produção do provimento Jurisdicional, dentro de uma fase discursiva em meio ao próprio processo.

Conforme analisado, as decisões judiciais devem ser pautadas sobre argumentos de direito e oriundas da participação simétrica dos envolvidos, e não sobre questões religiosas, políticas, científicas, etc. Sendo assim é necessária a complementação das decisões com outros sistemas ou institutos, porém não a substituição pelo julgador de argumentos jurídicos por argumentos científicos, tecnológicos, religiosos, fora do âmbito do direito.

Ademais, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório, diante da necessidade da participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento,

de forma que os cidadãos interessados se sintam mais próximos da Justiça, afastando, portanto, a idéia de que o juiz é o único portador da cognição para a elaboração das decisões judiciais.

Um processo constitucional democrático permitirá que o cidadão seja autodestinatário dos provimentos, seja no âmbito legislativo, administrativo e judicial, tendo que vista que a decisão não será apenas a expressão da vontade de maneira solitária pelo decisor, mas sim construída e discutida pelas partes endoprocessualmente. Com o Novo Código de Processo Civil com a Lei 13.105 de 16 de março de 2.015 em que houve a limitação dos poderes do juiz em prol da construção comparticipada pelas partes do provimento jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular? *Revista Forense Eletrônica* – Suplemento, volume 378, mar/abr. 2005, seção de doutrina, p. 665/671.

BINENBOLN, GUSTAVO. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro; Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal do Estado Social,* Rio de Janeiro, Forense, 1980.

BRASIL, Lei 13.105 de 16 de março de 2.015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. A Reforma do Código de Processo Civil. In *Reforma do CPC, por um renovado processo civil*. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. 3.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre a facticidade e a validade. 2. ed. Vol I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MADALENA, Pedro. Novo CPC Sucesso em risco. In *Reforma do CPC, por um renovado processo civil*. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex.

MAGEE, Bryan. *História da filosofia.* 3. ed. São Paulo, 1999.

NALINI, José Renato. O juiz e a ética no processo. *In* NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, cap. 7, p. 85-106.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. Reforma total do Código de Processo Civil. Breves considerações sobre o primeiro relatório da Comissão de Juristas do Senado para elaboração de novo CPC. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 14, n.2408, 3 fev.2010. Disponível em: <http: //jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=142298>. Acesso em: 28 abr.2010.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Edição Especial, 2008, p. 13 – 29.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Vianna. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant - seu fundamento na liberdade e na igualdad*e. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça.* São Paulo: Cortez, 2007.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa:* a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto".* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Luiz. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. O Novo Código de Processo Civil. In *Reforma do CPC, por um renovado processo civil*. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex.